

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-FORENSES ORIENTADA PELA
PROFª DOUTORA TERESA QUINTELA DE BRITO

**A RELEVÂNCIA DOS MECANISMOS DE *COMPLIANCE* NA
DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA
PESSOA COLETIVA**

ANA CATARINA MARTINS

2019

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

**A RELEVÂNCIA DOS MECANISMOS DE *COMPLIANCE* NA
DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DA
PESSOA COLETIVA**

Dissertação de mestrado apresentada ao Gabinete de
Estudos de Pós-Graduados da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa, como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área: Ciências Jurídico-Forenses

ANA CATARINA MARTINS

ORIENTAÇÃO: PROF^a DOUTORA TERESA QUINTELA DE BRITO

RESUMO

A suscetibilidade de uma pessoa coletiva ser penalmente responsável é, atualmente, indiscutível. O que permanece objeto de discussão e teorização é ‘como’ e ‘por quê’.

De facto, é inequívoco que são cometidos crimes através da atuação/atividade de pessoas jurídicas, crimes que são, ou poderão ser, determinados pela sua estrutura organizativa, pelo seu modo de funcionamento e/ou pela sua política empresarial.

Assim, pretendendo dar resposta à crescente criminalidade corporativa, o Direito Penal consagrou a possibilidade de responsabilizar penalmente as pessoas coletivas, interessando para a específica questão em análise as que têm escopo lucrativo, as sociedades comerciais, pelo que será a essas que nos dirigiremos.

A pessoa jurídica, não tendo correspondência física no mundo ‘real’, à partida, não teria capacidade de ação (pressuposto essencial na responsabilidade penal). No entanto, a verdade é que os entes coletivos existem através das pessoas singulares que os integram, cujos atos produzem efeitos na sua esfera jurídica, sendo estes, simultaneamente, instrumentos de realização de objetivos de pessoas singulares. Deste modo, a determinação da sua responsabilidade penal terá que ser adaptada à sua realidade social, coletiva, sendo certo que os fundamentos axiológicos da responsabilidade penal das pessoas coletivas terão de ser os mesmos da responsabilidade penal das pessoas singulares, apenas diferentemente demonstrados, ou construídos, atendendo à sua natureza puramente jurídica.

Neste contexto, releva, precisamente, a construção do ‘como’ e a identificação do ‘por quê’.

Será no âmbito desta discussão, ou construção, que interessará a questão a que nos propomos responder: uma pessoa coletiva que adote e implemente eficazmente programas de *Compliance* é penalmente responsável por um crime que irrompa da sua estrutura organizacional na mesma medida que o será uma pessoa coletiva que não disponha de um sistema de *Compliance*? Quais serão, portanto, os efeitos produzidos por um programa de *Compliance* na aferição da responsabilidade penal de uma pessoa coletiva?

Como se tentará demonstrar, para dar resposta a esta questão essencial, teremos de analisar os concretos pressupostos e critérios da responsabilidade penal das pessoas coletivas, bem como em que medida os mesmos poderão ser influenciados pela existência destes modelos de gestão e prevenção.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade penal de pessoas coletivas; *Compliance*; facto gerador de responsabilidade penal; critérios de imputação; culpa da pessoa coletiva.

ABSTRACT

The criminal liability of the legal person is now indisputable. What continues to be the subject of discussion and theorizing is the 'how' and the 'for what'.

In fact, it is undeniable that crimes are committed through the actions of legal entities, crimes that are, or may be, determined by their organizational structure, manner of operation and/or by their corporate policy.

Criminal law enshrines the possibility of criminal liability of the legal person in general, but, for what we will be dealing with, the collective people with a lucrative scope and the commercial companies assume a special importance, so it will be the ones that we will address to.

Although the legal person has no correspondence in the physical world, reason for what they would not have the capacity for action (an essential for criminal liability), the truth is that they exist through people that integrate them, whose acts will have effects in their legal sphere: collective people are instruments for achieving the objectives of singular people. In this way, the determination of their criminal liability will have to be adapted to their social/collective reality, but, apart from that, the fundamentals will have to be the same as criminal liability of singular people, only have to be demonstrated, or constructed in a different way, given their purely legal nature.

This context highlights precisely the construction of the 'how' and the identification of the 'for what', meaning, in which way entities will be criminally collectively responsible.

It is within the scope of this discussion, or construction, that the question that we propose to answer is relevant: a collective person who effectively adopts and implements compliance programs is criminally responsible for a crime that breaks out of its organizational structure in the same extent as a corporate person who does not have a compliance system? What, then, will be the effects produced by a compliance program in the measurement of criminal liability of a legal person?

As we shall try to demonstrate, in order to answer to this essential question, we will have to analyze the concrete presuppositions of criminal liability of legal people and criteria imputation, and to what extent they may be influenced by the existence of these models of management and prevention.

KEYWORDS: Criminal liability of legal people; compliance; generator fact of criminal liability; imputation criteria; the collective person's fault.

ÍNDICE

RESUMO	Pág. 4
ABSTRACT	Pág. 6
 ÍNDICE DE ABREVIATURAS	 Pág. 11
INTRODUÇÃO	Pág. 12
 CAPÍTULO I – COMPLIANCE (NOÇÃO)	
1. Conceito	Pág. 17
2. Elementos essenciais	Pág. 20
3. Distinção entre <i>Compliance</i> e regras de organização	Pág. 22
4. Distinção entre <i>Compliance</i> e <i>law enforcement</i>	Pág. 23
5. Aferição da eficácia dos programas de <i>Compliance</i>	Pág. 24
6. <i>Compliance</i> como autorregulação (regulada)?	Pág. 25
 CAPÍTULO II – POR QUE FACTO RESPONDE PENALMENTE A PESSOA COLETIVA?	
(i) Pelo concreto facto típico que irrompe da sua organização e no qual esta se reflete?	
(ii) Pela organização deficiente ou “desorganização” que implique um estado de perigosidade para bens jurídico-penais?	
1. Modelos de imputação	Pág. 29
1.1 Modelos de responsabilidade por representação ou por substituição	Pág. 30
1.1.1 Problemas deste modelo de responsabilidade por substituição	Pág. 33
1.2 Modelos de responsabilidade direta	Pág. 33
1.2.1 Problemas deste modelo de responsabilidade	

direta	Pág. 39
1.3 Modelo de responsabilidade ‘combinado’	Pág. 42
1.4 Análise crítica	Pág. 43

CAPÍTULO III – CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PENAL À PESSOA COLETIVA: crime cometido em seu nome e interesse por um certo círculo de pessoas singulares

1. Critério material	Pág. 46
2. Critério formal	Pág. 49
2.1 Pessoas que ocupam uma posição de liderança	Pág. 50
2.1.1 Órgãos da pessoa coletiva	Pág. 51
2.1.2 Representantes da pessoa coletiva	Pág. 53
2.2 Pessoas que ajam sob a autoridade das que ocupem posição de liderança na pessoa coletiva.....	Pág. 56
2.3 Dificuldades deste critério formal	Pág. 59

CAPÍTULO IV – A CULPA DA PESSOA JURÍDICA

1. Construção da culpa da pessoa coletiva	Pág. 65
2. Teoria construtivista da culpabilidade empresarial	Pág. 66
3. Tomada de posição	Pág. 68

CAPÍTULO V – COMPLIANCE E RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA COLETIVA

1. Efeitos jurídicos dos programas de <i>Compliance</i>	Pág. 69
1.1 Efeitos sobre a tipicidade	Pág. 69
1.2 Efeitos sobre a culpa	Pág. 74
2. O Código Penal português	Pág. 78

3.	A experiência espanhola	Pág. 80
3.1	A Circular de la <i>Fiscalía General del Estado</i> 1/2016 sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas após a reforma do Código Penal Espanhol pela <i>Ley Orgánica</i> 1/2015	Pág. 85
3.1.1	A relevância dos programas de <i>Compliance</i> nesta Circular 1/2016	Pág. 87
3.1.2	Conteúdo dos programas de <i>Compliance</i> segundo a Circular 1/2016	Pág. 89
3.1.3	Critérios de valoração da eficácia dos programas de <i>Compliance</i> determinados na Circular 1/2016	Pág. 90
3.1.4	Crítica à Circular 1/2016: a administrativização da responsabilidade penal das pessoas coletivas	Pág. 94
3.2	A jurisprudência espanhola	
3.2.1	A Sentença de 02.09.2015 (STS 514/2015) do Tribunal Supremo Espanhol	Pág. 95
3.2.2	A Sentença nº 154/2016, de 29.02.2016 (STS 613/2016) Do Tribunal Supremo Espanhol	Pág. 96
3.2.2.1	Análise crítica	Pág. 99
3.2.3	A Sentença nº 221/2016, de 16.03.2016 (STS 966/2016) do Supremo Tribunal Espanhol	Pág. 100
3.2.4	Análise crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Espanhol	Pág. 101
 CAPÍTULO VI – O APOGEU DO COMPLIANCE NO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS		Pág. 106
CONCLUSÕES		Pág. 109
BIBLIOGRAFIA		Pág. 115
LISTA DE JURISPRUDÊNCIA		Pág. 125

ÍNDICE DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	– Acórdão
al.	– alínea
als.	– alíneas
art.	– artigo
arts.	– artigos
CP	– Código Penal português
CPE	– Código Penal espanhol
CSC	– Código das Sociedades Comerciais
Coord.	– Coordenação
Dir.	– Direção
DL	– Decreto-Lei
Ed.	– Edição
n.º	– número
n.ºs	– números
Ob. Cit.	– Obra citada
p.	– página
pp.	– páginas
ss.	– seguintes
Vol.	– Volume
STJ	– Supremo Tribunal de Justiça
TC	– Tribunal Constitucional
TRP	– Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

A questão a que pretendemos dar resposta, e que titula a presente dissertação, prende-se com a relevância que os programas de *Compliance*, eventualmente adotados e eficazmente implementados, poderão ter na responsabilização penal das pessoas coletivas. Isto é, se os programas de *Compliance* afetam a suscetibilidade de uma pessoa jurídica ser criminalmente responsável e, em caso afirmativo, de que forma e em que medida relevam: excluem o facto ilícito típico coletivo, despenalizam, desculpam?

De facto, se tradicionalmente a responsabilidade penal era exclusiva da pessoa individual ¹ (prevalecendo o brocado ‘*Societas delinquere non potest*’, ou seja, a sociedade não pode delinquir), atualmente já não se discute que também sobre as pessoas coletivas recaem deveres jurídico-penais, os quais, quando incumpridos, geram responsabilidade criminal: é, aliás, esta a solução preconizada pelo nosso CP.²

São variadas as razões que levaram a esta mudança no paradigma, mas a principal, e com relevância para o assunto que iremos tratar, prende-se com o aumento da dimensão e do grau de danosidade das ameaças criminalmente relevantes geradas pela instrumentalização das pessoas coletivas ³: “*a pessoa colectiva aparece como meio cultural, económico, organizacional e de influência que vai possibilitar a prática da infracção, por vezes emprestando mesmo à acção delituosa a sua reputação e a sua esfera de influência*”.⁴

É inegável que nas últimas décadas assistimos a um aumento exponencial da atividade empresarial que, atualmente, podemos dizer, “domina” o nosso quotidiano: por exemplo, uma parte considerável dos serviços públicos são prestados por empresas. É,

¹ Cfr. Art. 22.º do Código Penal de 1852, e art. 26.º do Código Penal de 1886, nos quais constava: “*Somente podem ser criminosos os indivíduos que têm a necessária inteligência e liberdade*”.

² cfr. Art. 11.º, n.ºs 2 e ss., do CP.

³ Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS (“Para uma dogmática do direito penal secundário”, in IDPEE (org), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. I, Coimbra Editora, p. 69): “*Provindo hoje as mais graves e frequentes ofensas aos valores protegidos pelo direito penal secundário, em muitos âmbitos, não de pessoas individuais mas colectivas, a irresponsabilidade directa destas significaria sempre um seu inexplicável tratamento privilegiado perante aquelas*”.

⁴ JORGE DOS REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*. Coimbra Editora, 2008, p. 64.

pois, inquestionável a necessidade de limitar/controlar, de certa forma, a atividade empresarial, conjugando-a e equilibrando-a com os interesses da comunidade.

Por outro lado, ainda que anteriormente a responsabilidade penal da pessoa coletiva não fosse aceite, a responsabilização da pessoa individual que atuasse como seu órgão ou representante não estava excluída. No entanto, esta “transferência” de responsabilidade da pessoa coletiva para a pessoa singular levantava, grande parte das vezes, um problema que enfraquecia o sistema penal: a impunidade – quando estavam em causa delitos de grandes empresas, com uma organização interna estratificada e complexa, assente na divisão funcional de tarefas, organização hierárquica e fragmentação do poder decisório, tornava-se impossível identificar e isolar o responsável pela infração.⁵

Considerando esta dificuldade gerada pelo princípio *societas delinquere non potest*, que em casos extremos tornava as sociedades verdadeiros instrumentos de criminalidade, a necessidade de as responsabilizar penalmente foi-se impondo como uma necessidade de eficácia do sistema punitivo, e preventivo.

Deste modo, lentamente, a legislação começou a consagrar a possibilidade de responsabilizar penalmente o ente coletivo, num primeiro momento com carácter excepcional ⁶ e depois como regra.⁷ Esta regra da responsabilidade penal da pessoa coletiva

⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*. Editorial Verbo, 2009, pp. 15 e 16.

No mesmo sentido, JOSÉ DE FARIA COSTA [“A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a alterabilidade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”]. *Ob. Cit.*, p. 507]: “Sabe-se, sociologicamente, que, em qualquer estrutura humana organizada, designadamente no seio de uma colectividade, a responsabilidade, se não for correcta e juridicamente enquadrada, se dilui no interesse e projecção dos fins dessa mesma estrutura. E mesmo quando isso não acontece – é ainda a experiência e o saber sociológicos que nos ensinam –, tornam-se patentes e indiscutíveis as enormes dificuldades de prova – bastas vezes intransponíveis – com que deparamos sempre que se começa a percorrer reversamente o fio da cadeia hierárquica sustentadora da decisão que levou à prática de um acto penalmente ilícito”; também FIGUEIREDO DIAS (“Para uma dogmática do direito penal secundário”. *Ob. Cit.*, p. 69): “...a «transferência» da responsabilidade, que verdadeiramente caiba à pessoa colectiva qua tale, para o nome individual de quem actue como seu órgão ou representante conduziria muitas vezes – sobretudo nos delitos económicos de grandes empresas, v. g. multinacionais, com diversificadas esferas de administração, donde deriva uma muito acentuada repartição de tarefas e de competências – à completa impunidade, por se tornar impossível a comprovação do nexo causal entre a actuação de uma ou mais pessoas individuais e a agressão do bem jurídico produzida ao nível da pessoa colectiva”.

⁶ Cfr. Art. 11.º do Código Penal de 1982, antes das alterações de 2007: “Salvo disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal”.

⁷ Cfr. Art. 3.º do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro (relativo a Infrações antieconómicas e contra a saúde pública): “As pessoas colectivas, sociedades e meras associações de facto são responsáveis pelas infrações previstas no presente diploma quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo”.

foi, contudo, inicialmente considerada com prudência, exigindo-se, expressamente, *“sempre uma conexão entre o comportamento do agente pessoa singular e o ente colectivo, já que aquele deve actuar em representação ou em nome deste e no interesse colectivo. E tal responsabilidade tem-se por excluída quando o agente tiver actuado contra ordens expressas da pessoa colectiva”*.⁸

Atualmente, a redação do art. 11.º do CP não levanta dúvidas e admite como regra a responsabilidade penal das pessoas coletivas, quanto aos crimes referidos no n.º 2 daquele preceito legal. Portanto, o Direito Penal teve de acompanhar a evolução do mundo real e, perante a crescente hegemonia das pessoas coletivas na vida quotidiana e perante os riscos que a sua atividade gerava para a comunidade, tornou-se necessário criar um sistema de prevenção e punição que as abrangesse.⁹

Como defendeu FIGUEIREDO DIAS, *“ao direito penal não poderá reconhecer-se a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos que ameaçam as gerações futuras se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da individualização da responsabilidade penal (...) A uma protecção jurídico-penal das gerações futuras perante os mega-riscos que pesam sobre a humanidade torna-se pois indispensável a aceitação, clara e sem tergiversações, de um princípio de responsabilização penal dos entes colectivos como tal”*, deste modo, a proteção jurídico-penal das gerações futuras só é possível *“aceitando que relativamente a certos delitos (e, nomeadamente, os que são próprios da «sociedade do risco») é o ente colectivo como tal que responde também ao nível do direito penal”*, através de *“um princípio de analogia, quero dizer, atribuindo ao ente colectivo capacidade de acção e de culpa jurídico-penais na medida em que eles são – como muito exactamente notou Max Müller invocando neste contexto o princípio da*

⁸ Cfr. N.º 8 do Preâmbulo do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro: *“Importante novidade neste diploma é a consagração aberta da responsabilidade penal das pessoas colectivas e sociedades, a que algumas recomendações de instâncias internacionais, como o Conselho da Europa, se referem com insistência. Tratando-se de um tema polémico em termos de dogmática jurídico-penal, nem por isso devem ignorar-se as realidades práticas, pois se reconhece por toda a parte que é no domínio da criminalidade económica que mais se tem defendido o abandono do velho princípio societas delinquere non potest. Em todo o caso, o princípio da responsabilidade penal das pessoas colectivas é consagrado com prudência: exige-se sempre uma conexão entre o comportamento do agente - pessoa singular - e o ente colectivo, já que aquele deve actuar em representação ou em nome deste e no interesse colectivo. E tal responsabilidade tem-se por excluída quando o agente tiver actuado contra ordens expressas da pessoa colectiva”*.

⁹ ADÁN NIETO MARTÍN (*“Regulatory Capitalism cumplimiento normativo”*, in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013, Tirant la Blanch, p. 11) considera um exemplo de *“darwinismo jurídico”* o facto de o Direito Penal se ter adaptado aos modernos e distintos modelos económicos.

identidade da liberdade – «obras do homem» e, nesta medida, «obras da sua liberdade»”.¹⁰

É certo que, à partida, as pessoas coletivas não teriam capacidade de ação uma vez que “*carecem de um organismo físico-psíquico*”. No entanto, não menos certo é que, como já referimos, as pessoas coletivas existem, funcionam e agem por intermédio de pessoas singulares¹¹ (que formam os seus órgãos ou assumem as funções de suas representantes), estabelecendo-se entre umas e outras um “*nexo de organicidade*”, que torna esta relação numa relação de “*verdadeira identificação*”, isto é, quando os órgãos da pessoa coletiva agem, considera-se que é a própria pessoa coletiva a agir.¹²

Portanto, na medida em que as pessoas coletivas “*dispõem de órgãos através dos quais podem perceber os mandados jurídicos e conduzir as condutas do ente colectivo em conformidade com as normas*”¹³, as mesmas têm os meios suficientes para cumprirem os desígnios do dever-ser jurídico-penal.

Podemos desde já antecipar que a estrutura organizacional da pessoa coletiva assume uma extrema relevância na sua responsabilização penal, uma vez que é através dessa organização que a pessoa coletiva desenvolve a sua atividade e, eventualmente, lesa bens-jurídicos tutelados pelo Direito Penal.¹⁴

¹⁰ JORGE FIGUEIREDO DIAS, *O papel do direito penal na protecção das gerações futuras*. pp. 53 e 54 [online - Disponível em: www.defensesociale.org/02/9.pdf].

¹¹ Nas palavras de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 303), “*na realidade do mundo psicofísico, os entes colectivos não agem por si mesmos mas só através de “pessoas naturais”*”.

Neste sentido, também JOSÉ DE FARIA COSTA (“A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a alterabilidade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”, in IDPEE (org), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, p. 516) “*a pessoa colectiva funda-se e encontra a sua razão de ser em uma relação interna com «o outro»*. Neste sentido, só pelo «outro» (órgão ou representante) – que também é um elemento estrutural da sua natureza construída – a pessoa colectiva ascende à discursividade jurídico-penalmente relevante”.

¹² GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, *Ob. cit.*, p. 160.

¹³ *Ibidem*, p. 162.

¹⁴ JOSÉ DE FARIA COSTA (“A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a alterabilidade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”, *Ob. Cit.*, p. 515) afirma que as pessoas coletivas “*só têm sentido e intencionalidade jurídico-penal no mometo em que se estabelece o nexo indissociável entre aquilo que se quer construir e os órgãos reais de ligação (directa) ao mundo jurídico. A relação entre a pessoa colectiva e os seus órgãos ou representantes assume, pois, um carácter essencial: por isso, aqui, não se trata de uma relação para com o outro, mas antes de uma relação em que o «outro» (o órgão ou o representante da pessoa colectiva) está necessariamente presente*” – é esta perspetiva, no entendimento do Autor, que permite superar algumas dificuldades da responsabilização penal das pessoas coletivas.

É neste contexto que os programas de *Compliance*, enquanto códigos de ética e medidas que visam garantir o funcionamento da pessoa coletiva em conformidade com o Direito, podem influenciar a determinação da responsabilidade penal destes entes jurídicos.

Numa primeira análise, o CP não faz nenhuma referência expressa à relevância dos mecanismos de *Compliance* na determinação da responsabilidade penal da pessoa coletiva. No entanto, numa leitura mais atenta, a al. b) do n.º 2 e o n.º 6 do art. 11.º, do CP, parece “abrir uma porta” à consideração e atribuição de relevância a estes programas de conformidade.

Resta-nos, por isso, analisar em que medida os referidos mecanismos de *Compliance* serão importantes para a aferição da responsabilidade penal do ente coletivo.

Com esse objetivo em mente, importará, desde logo, compreender o conceito de *Compliance*, o seu conteúdo e alcance. Seguidamente, analisaremos o facto gerador de responsabilidade penal para a pessoa coletiva: se o concreto facto-típico que irrompe da sua organização, ou se a sua defeituosa organização que possibilita/potencia a prática de crimes. Posteriormente, de forma sucinta e direccionada para o objeto do nosso estudo (uma vez que cada uma destas questões, individualmente considerada, constitui matéria de tal forma densa e complexa que mereceria ser objeto de uma dissertação própria), abordaremos os critérios de imputação da responsabilidade penal aos entes coletivos e a suscetibilidade dos mesmos suportarem um juízo de censura ética, para verificarmos de que forma poderão estes elementos ser influenciados pela eventual existência de programas de *Compliance*. Finalmente, relacionaremos todos os conceitos estudados para daí retirarmos as necessárias consequências e conclusões, respondendo dessa forma, o melhor possível, à questão que titula o presente estudo.

CAPÍTULO I – *Compliance* (noção)

1. Conceito

Literalmente, *Compliance* poderia ser traduzido para “cumprimento”, ou “conformidade”, no caso, com o Direito Penal. No entanto, é inquestionável a essencialidade, e obrigatoriedade, das pessoas coletivas se conformarem com o Direito Penal, pelo que este conceito se significasse apenas conformidade com o Direito não acrescentaria nada de novo.

Na verdade, o *Compliance* visa mais do que apenas a conformidade com o Direito: ocupa-se da determinação e adoção de medidas que traduzam uma verdadeira organização corporativa e que garantam o cumprimento do direito, isto é, que evitem a verificação de infrações penais¹⁵: *Compliance* será, portanto, o “cumprimento normativo voluntário”¹⁶, a adoção de medidas que visam garantir que a pessoa coletiva, bem como todas as pessoas singulares que a integram ou com ela colaboram, cumprem os desígnios penais, o dever-ser jurídico-penal.¹⁷

Para PAULO CÉSAR BUSATO, “*Compliance é instrumento de controle social. Funciona no âmbito empresarial, mas é uma forma de controle que deve produzir efeitos de interesse coletivo*”.¹⁸

Numa perspetiva mais ampla, *Compliance* significa a “fidelidade” ao Direito, aos seus desígnios e proibições; numa perspetiva mais restrita, o *Compliance* refere-se ao dever de implementar uma estrutura organizacional que garanta essa “fidelidade” ao Direito; em concreto, a ciência de criminal *Compliance* ocupa-se das medidas que as

¹⁵ Nas palavras de GÓMEZ-JARA DÍEZ (“La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (artículo 31 bis del Código penal)”, in *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento – Deportes. Juegos de Azar. Entretenimiento y Música*, nº 33, 2011, p. 92), o *compliance* traduz-se numa “obligación genérica de velar por el cumplimiento del derecho en la persona jurídica” e é uma espécie de cláusula abrangente (“catch all”).

¹⁶ THOMAS ROTSCH, *Criminal Compliance – Hanbuch*, Baden-Baden: Nomos, 2015, §1, nºs ms. 1-16, pp. 35-45, *apud* PAULO DE SOUSA MENDES, “Law Enforcement & Compliance”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS E PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 1ª Ed. Almedina, p. 11.

¹⁷ IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, in JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 54 e 55.

¹⁸ PAULO CÉSAR BUSATO, “O que não se diz sobre *Compliance* em Direito Penal” in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, p. 54.

empresas (a direção) devem implementar, em virtude dos seus deveres de supervisão, para evitar a prática de crimes e a lesão de bens jurídicos.¹⁹

De facto, como referem FILIPA MARQUES JÚNIOR e JOÃO MEDEIROS, “*na prossecução das suas atividades as empresas estão sujeitas a vários tipos de riscos, os quais podem ser definidos como eventos negativos (por oposição a oportunidades), com probabilidade de ocorrência que, caso sucedam, comprometem ou podem comprometer os objetivos da empresa e podem ser a causa de responsabilidade legal, reputacional ou financeira*”. Numa perspetiva de prevenção empresarial, os Autores enunciam quatro princípios essenciais que presidem aos programas de *Compliance*: a) antecipação; b) prevenção; c) deteção; e d) reação.²⁰ O objetivo será, pois, o de reduzir ao mínimo razoável os riscos de lesão de bens jurídicos, mas sem paralisar a atividade empresarial.²¹

Para ULRICH SIEBER, os programas de *Compliance* (a par dos *Risks Management*, *Value Management*, *Corporante Governance*, *Business ethics*, *Integrity codes*, *Codes of Conduct* e *Corporate Social Responsibility*) constituem novos modelos de direção empresarial e têm na sua génese valores sociais, económicos, éticos e legais, que visam a proteção da pessoa coletiva, impedindo tanto a criminalidade contra a própria pessoa jurídica como a criminalidade que a favoreça ilicitamente, abarcando os interesses, não só da empresa, como dos sócios, dos trabalhadores e dos clientes.²²

¹⁹ DENNIS BOCK, “*Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 107 e 108. Para este Autor, a essência do conceito de *compliance* centra-se no dever de supervisão que recai sobre a direção das empresas.

²⁰ FILIPA MARQUES JÚNIOR/JOÃO MEDEIROS, “A elaboração de programas de *compliance*”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS E PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 1ª Ed. Almedina, pp. 124 e 125.

²¹ A este propósito, NIETO MARTÍN (“Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 44 e 45) afirma que só se pode exigir que as empresas previnam os riscos previsíveis da sua atividade e não também os riscos imprevisíveis, uma vez que exigir que as pessoas coletivas concentrassem os seus esforços de prevenção em todos os riscos possíveis seria ineficaz e conduziria a um aumento considerável nos custos de prevenção.

Também DENNIS BOCK (“*Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*”, *Ob. Cit.*, pp. 112) chama atenção para este facto de as medidas necessária para uma organização em *compliance* não deverem ser exageradas e demasiado restritivas: para o Autor, o ordenamento jurídico deve tolerar um certo nível de dano esperado como consequência da ação humana, para possibilitar o progresso da sociedade/comunidade.

²² ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013, Tirant la Blanch, pp. 65, 66 e 70.

Para uma organização em *Compliance* torna-se essencial, por isso, a adoção de regras e processos intraempresariais que garantam, não só o cumprimento do Direito vigente, mas também que esse cumprimento não é por mero acaso, ou por compromisso individual ou por interesses parciais de um departamento, mas sim por uma “arquitetura de *Compliance*” que vincula globalmente as atividades empresariais tanto internas como externas.²³

Atualmente, podemos afirmar que o *Compliance* já é um conceito familiar, pelo menos, para as empresas de grandes dimensões. Como explica RUI PATRÍCIO, esta aceitação, ou “entranhamento”, do conceito de *Compliance* na vida societária deve-se, principalmente, ao aumento das obrigações nesta matéria, à consciencialização da sua importância e, sobretudo, ao aumento do escrutínio da atividade empresarial, “*de tal modo que dotar-se de mecanismos, instrumentos e pessoas dedicados a assegurar a conformidade com princípios, regras, normas e padrões (obrigatórios ou aconselháveis) se tornou muito mais do que uma boa prática, passando a ser uma evidência, nalguns casos mesmo uma prioridade*”.²⁴

KUHLEN, por sua vez, entende que o principal objetivo do *Compliance*, enquanto “ampla tarefa de administração”, pode ser a minimização dos riscos suscetíveis de gerar responsabilidade penal para a empresa, através da prevenção de condutas ilícitas e, especialmente, puníveis. Para este Autor, o crescente interesse das empresas na redução dos riscos de responsabilidade penal e “para-penal” tem também uma explicação económica.²⁵

²³ KLINDT/PELZ/THEUSINGER, “*Compliance* im Spiegel der Rechtsprechung”, *NJW*, (33), 2010, p. 2385 *apud* IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. cit.*, p. 55.

²⁴ RUI PATRÍCIO, “*Compliance* é prevenção, mas também é defesa”, *Revista Exame*, 01.09.2016, pág. 104.

²⁵ LOTHAR KUHLEN, “Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 62 e 65: “*Así como la percepción del aumento de los riesgos jurídico-penales por parte de las empresas es el motor, la minimización de estos riesgos es el fin de los esfuerzos actuales sobre compliance*”.

A importância económica dos programas de *Compliance* explica-se através da redução das contingências jurídicas, financeiras e reputacionais que as políticas de *Compliance* podem originar quando eficientemente implementadas.²⁶

2. Elementos essenciais

Uma organização em *Compliance* assenta em sete aspetos essenciais:²⁷

- i. A cultura de *Compliance*, que se traduz na consciência/interiorização, por parte de todos trabalhadores e administradores, da constante e absoluta necessidade de atuar em conformidade com o Direito, em todos os níveis de atuação da sociedade.²⁸
- ii. Estabelecimento prévio de objetivos empresariais harmonizáveis com uma organização em *Compliance*.
- iii. Identificação e avaliação contínua e permanente de todos os riscos suscetíveis/previsíveis de serem gerados pela concreta atividade empresarial. Não se pretende, porém, que todos os riscos identificados sejam eliminados, uma vez que isso

²⁶ Neste sentido, PEDRO DURO, “Penal, Contra-ordenações e Compliance: Novos rumos para o compliance – o efeito espanhol”, Maio 2015, p. 1, [online]. Disponível em: <https://www.csassociados.pt/pt/conhecimento/flashs/Novos-rumos-para-o-Compliance-o-efeito-espanhol/234/?offset=12>.

Em sentido idêntico, FILIPA MARQUES JÚNIOR e JOÃO MEDEIROS (“A elaboração de programas de compliance”, *Ob. Cit.*, p. 148): “As empresas não devem olhar para a actividade de compliance como uma imposição, muitas vezes com desconfiança quanto aos seus objectivos e méritos, mas sim entender esta actividade como uma forma de prevenção e antecipação, a qual é susceptível de gerar uma mais-valia também comercial ao definir a empresa como uma organização com preocupações sérias com a conformidade legal, permitindo assim distinguir-se em relação aos restantes players do mercado”.

Também ENRIQUE BACIGALUPO (*Compliance y Derecho Penal*, Arazandi, 2011, pp. 30 e 31) afirma que um sistema de controlo e cumprimento eficaz tem bastante relevância comercial uma vez que pode dissuadir reclamações, evitar inspeções estatais e prevenir perdas patrimoniais em virtude de eventuais incumprimentos.

²⁷ Ivó COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. cit.*, pp. 55 a 59.

Em sentido semelhante, ULRICH SIEBER (“Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *Ob. Cit.*, p. 75) enumera 6 elementos estruturais dos programas de *compliance* que se reconduzem, no essencial, aos 7 elementos identificados por Ivó COCA VILA.

²⁸ Neste sentido, THOMAS ROTSCHE, “Criminal Compliance”, *InDret* 1/2012, p. 6: “Un concepto de Compliance dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por lo tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva”.

causaria um prejuízo à atividade económica. As medidas de diminuição/eliminação de riscos devem ser razoáveis, mas sem que seja exigível eficácia absoluta.²⁹

iv. Adoção das medidas necessárias para a contenção de riscos: por um lado, identificados os riscos gerados por cada atividade desenvolvida no âmbito da empresa, importa selecionar adequadamente a pessoa que desempenhará tal atividade; por outro lado, e de forma mais abrangente, dever-se-á adotar um programa de *Compliance* que contemple todas as medidas necessárias para a mitigação dos riscos previsíveis.

v. Delimitação da esfera de competência e de responsabilidades (designadamente ao nível dos deveres de controlo e vigilância) de cada pessoa singular que integra a pessoa coletiva, para que se identifiquem claramente as pessoas individuais responsáveis por cada operação/setor empresarial.

vi. Sistemas de comunicação intraempresariais que permitam a todas as pessoas singulares envolvidas na atividade empresarial conhecer os riscos relevantes identificados, as medidas necessárias e adotadas para a mitigação desses riscos e quem são os responsáveis por cada um dos setores da empresa, bem como todas as outras informações relevantes.

vii. Configuração de sistemas de supervisão e sanção que impliquem, não apenas a punição de ações desconformes, mas uma revisão contínua dos programas de *Compliance*.

Para a implementação e acompanhamento de todos estes elementos caracterizadores da organização em *Compliance* será necessário criar um órgão no âmbito da pessoa coletiva, independente do órgão de administração, que seja encarregue de gerir os aspetos *supra* identificados.

²⁹ Neste sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ (*El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*, 2011, p. 83 *apud* IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. cit.*, p. 57); e GUSTAVO BRITTA SCANDELARI (“Compliance como prevenção idónea de crimes e sua compatibilização com a intervenção mínima”, in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, p. 119), que afirma que “*se é impossível qualificar como efetivos os programas de compliance criminal, não se pode, por isso, reduzir a sua importância*”; o Autor sugere que será mais adequado aferir a idoneidade do programa de compliance, em vez da sua eficácia, “*já que a idoneidade emite indícios exteriores constatáveis, enquanto que a efetividade nunca se poderá verificar: somente se observam os crimes praticados e não os evitados*”.

RUI PATRÍCIO resume um adequado sistema de *Compliance* a seis passos: avaliar, elaborar, comunicar, formar, investigar e sancionar.³⁰ A estes seis passos acrescentaríamos “rever” ou “atualizar”, uma vez que, pela natural (e, ultimamente, rápida) evolução da sociedade, novos riscos surgirão e é necessária a atualização constante dos sistemas de *Compliance* para que não se tornem obsoletos.³¹

3. Distinção entre *Compliance* e regras de organização

Embora se possam confundir, uma vez que tanto o *Compliance* como as regras de organização visam, em última análise, um correto e eficaz funcionamento da pessoa coletiva, a verdade é que, atendendo ao conteúdo e finalidade, é possível distinguir *Compliance* de regras de organização.

As regras de organização, como o próprio nome deixa antever, versam sobre a organização e funcionamento quotidianos da pessoa coletiva para o desenvolvimento da sua atividade económica (v.g. regras que estabelecem objetivos de produção, competências e funções, *etc.*).³²

O *Compliance*, por sua vez, traduz-se nos códigos éticos empresariais, incide sobre a organização existente e visa garantir que a pessoa coletiva, através dos seus membros e colaboradores, não lesa, nem permite lesar, bens jurídicos.

³⁰ RUI PATRÍCIO, “Compliance é prevenção, mas também é defesa”, *Ob. cit.*, p. 104.

³¹ Neste sentido, a legislação chilena (Lei nº 20.393/2009, consultável em <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1008668>) prevê um sistema de certificação dos programas de *compliance* implementados, onde se atesta que estes são adequados à situação, dimensão, faturação e complexidade da pessoa jurídica, tendo essas certificações uma vigência máxima de 2 anos.

Quanto a este ‘prazo de vigência’, SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ (“Programas de compliance: é possível aferir sua efetividade para fins penais?”, in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, p. 136) adverte que qualquer predefinição de validade destes certificados constitui uma ficção e não pode, por si só, comprovar a efetividade dos mesmos, pelo que, mesmo durante a validade do certificado dos programas de *compliance*, não se poderá afirmar que os mesmos são efetivos, isto é, mesmo dentro do prazo de vigência dos certificados, o programa de *compliance* pode se tornar obsoleto.

³² Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, in MARIA FERNANDA PALMA (Dir.), *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-criminais*, nº 0, Julho-Dezembro 2014, p. 79.

Os programas de *Compliance* têm de ser adequados à atividade, à dimensão, organização, implementação no mercado, entre outros, da pessoa coletiva, só assim, uma vez implementados, podem assumir verdadeira relevância.³³

Se assim não for, um sistema de *Compliance* deficitário pode prejudicar mais a pessoa coletiva do que não ter nenhum, uma vez que um programa de *Compliance* ineficiente irá gerar outros riscos para além dos riscos inerentes à atividade da pessoa coletiva.³⁴

4. Distinção entre *Compliance* e *law enforcement* (efetiva aplicação da lei)

Estes dois conceitos, apesar de distintos, estão intimamente ligados: sem a efetiva aplicação da lei, a importância, ou utilidade, dos programas de *Compliance* fica seriamente comprometida.

De facto, num primeiro momento, é a suscetibilidade de punição que incentiva as pessoas coletivas a implementarem mecanismos de prevenção e gestão; sem a aplicação efetiva do Direito, a necessidade de se evitarem litígios, ilícitos que culminem em penas e, conseqüentemente, danos à reputação, não seria tão premente.

Por outro lado, sem a aplicação efetiva da lei, os programas de *Compliance* perderiam também o seu “norte”, ou seja, é pela aplicação efetiva da lei que se orientam conteúdos e formas de atuação dos mecanismos de *Compliance*: os efeitos/consequências da aplicação do Direito estabelecem as *guidelines* dos programas de *Compliance* a implementar.³⁵

³³ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica” in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS E PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 1ª Ed. Almedina, p. 86.

No mesmo sentido RUI PATRÍCIO (“Compliance é prevenção, mas também é defesa”, *Ob. cit.*, p. 105) ao afirmar que o *compliance* “continua a ser um sistema necessariamente *tailor made*”.

³⁴ Neste sentido, RUI PATRÍCIO (“Compliance é prevenção, mas também é defesa”, *Ob. cit.*, p. 105) afirma que “um deficiente código de conduta pode ser mais nocivo do que a ausência de um”; também PAULO SOUSA MENDES (“Law Enforcement & Compliance”, *Ob. Cit.*, p. 14) entende que “as próprias empresas (e.g., pessoas coletivas, grupos de sociedade, sociedades-mãe) podem até sofrer agravações de sanções efetivamente aplicadas por causa de programas de *compliance* mal concebidos ou deficientemente implementados. Tais falhas expõem o estratagemas de fuga à responsabilidade coletiva que o sistema jurídico acaba punindo mais severamente por aquilo que revelam de premeditação na prática de ilícitos de empresa”.

³⁵ Neste sentido, PAULO SOUSA MENDES (“Law Enforcement & Compliance”, *Ob. Cit.*, p. 11): “o cumprimento normativo voluntário por parte das empresas só pode melhorar se tiver devidamente em conta

5. Aferição da eficácia dos programas de *Compliance*

A maior fragilidade do *Compliance* é, possivelmente, a inexistência de uma determinação legal, ou jurisprudencial, dos critérios de aferição da sua eficácia, o que gera alguma insegurança/imprevisibilidade jurídica.

Deste modo, torna-se interessante analisar outras potenciais fontes de diretrizes/critérios de determinação da eficácia destes mecanismos de conformidade. Para o efeito, destacam-se os *prosecutions agreements* e os *non-prosecution agreements* que são, essencialmente, acordos pré-processuais muito utilizados nos Estados Unidos da América, sobretudo em casos de corrupção, e estabelecidos entre as empresas infratoras e o Ministério Público. Estes acordos pré-processuais são bastante relevantes porque permitem à pessoa coletiva evitar a acusação formal e a instauração de um processo criminal, sendo, contudo, apenas possíveis para as empresas que já dispunham de mecanismos de *Compliance* que, em virtude do facto-típico ocorrido, se mostraram ineficazes.³⁶

Os referidos acordos pré-processuais, que confirmam a insuficiência dos programas de *Compliance* pré-existent, estabelecem medidas a adotar pelas empresas para que esses programas se tornem eficazes. Serão essas medidas estabelecidas que poderão constituir diretrizes para as empresas analisarem a eficácia dos seus programas de *Compliance*.

As medidas normalmente determinadas nestes acordos pré-processuais são: (i) a existência de um código de conduta/código ético e de sistemas de formação apropriados para os colaboradores sobre esses códigos (esse sistema de formação deverá incluir uma certificação); (ii) a nomeação de um responsável pelo cumprimento dos programas de *Compliance*, que deverá dispor de recursos próprios e contacto direto com os administradores da pessoa coletiva; (iii) a existência de sistemas de controlo e procedimentos internos de vigilância que visam assegurar a descoberta de comportamentos ilícitos; (iv) o estabelecimento de um canal de denúncias que assegure

os poderes de regulamentação, supervisão e aplicação de sanções administrativas por parte das autoridades independentes, assim como as competências de investigação e acusação do Ministério Público em matéria penal".

³⁶ MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO, «Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada», in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013, Tirant la Blanch, pp. 220 a 222.

que qualquer trabalhador poderá comunicar comportamentos suspeitos; (v) a revisão periódica dos programas de *Compliance* implementados por auditores externos.³⁷

Nas palavras de MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO, estes acordos pré-processuais são as novas “sentenças” em matéria de corrupção, pelo que constituem uma importante referência na determinação/análise da eficácia dos programas de *Compliance*.³⁸

A crescente utilização e relevância de acordos pré-processuais como os *prosecutions agreements* e os *non-prosecution agreements* revela a preferência que é dada à vertente pré-processual da responsabilidade penal da pessoa coletiva: é preferível que, perante um crime cometido no âmbito da atividade de uma pessoa coletiva, a mesma assuma o erro, admita a culpa e faça tudo que estiver ao seu alcance para se “corrigir”, do que iniciar um processo judicial que leva à sua punição, mas não necessariamente à sua “correção”.

Neste sentido, ULRICH SIEBER afirma existirem boas razões para se defender que os programas de *Compliance* configuram uma medida/instrumento mais eficaz na prevenção da criminalidade do que as soluções puramente penais: por um lado, com programas de *Compliance* a regulação estatal desenvolve-se através de incentivos, e não através de imposições; por outro lado, os programas de *Compliance* constituem medidas adaptadas à realidade específica de cada sociedade, enquanto as imposições de direito penal serão gerais e abstratas.³⁹

6. *Compliance* como autorregulação (regulada)?⁴⁰

Na doutrina (sobretudo internacional), existem cada vez mais autores a defender que o *Compliance* representa uma transferência das tarefas/competências estatais de administração da justiça penal para as empresas, às quais se confere uma certa margem

³⁷ *Ibidem*, pp. 222 e 228.

³⁸ *Ibidem*, p. 229.

³⁹ ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013, Tirant la Blanch, pp. 97 e 98.

⁴⁰ Para ULRICH SIEBER (*Ibidem*, p. 77), a autorregulação regulada traduz uma correção estatal/privada, uma fórmula mista entre a autorregulação pura e a regulação estatal, na qual se concede uma certa margem de discricionariedade quanto às específicas medidas de regulação a adotar, estando, ainda assim, a pessoa coletiva pressionada a adotar medidas de prevenção e organização.

de “autorregulação”, sendo, ainda assim, supervisionadas pelo Estado.⁴¹ Isto é, o *Compliance* resultaria dos estímulos estatais para as empresas atuarem de forma concertada com o Direito, o “*rule at a distance*”.⁴²

Nesta perspetiva, a tarefa das empresas não é cumprir especificamente as normas de Direito Penal, mas sim dispor de mecanismos internos de gestão e controlo que lhes permitam cumprir todas as normas legais das quais sejam destinatárias, seja de carácter administrativo, laboral, societário ou penal.⁴³

Deste modo, a responsabilidade penal das pessoas coletivas, além de acessória, é um instrumento de imposição deste dever de adoção de mecanismos de prevenção e gestão. Consequentemente, o objetivo do *Compliance* não deverá ser evitar a responsabilização penal, o objetivo da responsabilidade penal é que deverá ser evitar a omissão do dever de implementação de mecanismos de *Compliance*.

NIETO MARTÍN afirma mesmo que o sentido de todo o sistema penal das pessoas coletivas é incentivá-las a autorregular-se através de políticas de *Compliance*.⁴⁴

Também HEINE perfilha este entendimento de que a responsabilidade penal das pessoas coletivas constitui uma estratégia estatal de promoção da autorregulação empresarial e da adoção de programas de *Compliance*.⁴⁵

SILVA SÁNCHEZ, por sua vez, afirma que a origem da cultura de cumprimento é a delegação nas empresas das funções estatais de prevenção de ilícitos, isto é, as empresas é que assumem essa delegação através da adoção de medidas de autorregulação que, de

⁴¹ LOTHAR KUHLEN, “Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal”, *Ob. Cit.*, p. 67.

⁴² No novo “*Estado regulador*”, o Estado dirige e a sociedade rema; anteriormente, o Estado remava muito, mas dirigia mal [Cf. JOHN BRAITHWAITE, “The new regulatory state and the transformation of criminology”, in *British Journal of Criminology*, Vol. 40, 2000, pp. 222 e 223, *apud* ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *Ob. Cit.*, p. 99].

⁴³ ADÁN NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, *Ob. Cit.*, p. 27.

⁴⁴ ADÁN NIETO MARTÍN, “*Regulatory Capitalism* cumplimiento normativo”, *Ob. Cit.*, pp. 12 e 13. O Autor (em “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, *Ob. Cit.*, p. 23) afirma ainda que, num mundo globalizado no qual a capacidade reguladora e sancionadora do Estado se mostra insuficiente, o *compliance* constitui um instrumento de governação global – “*global law*”.

No mesmo sentido, ARTUR DE BRITO GUEIROS SOUZA (“Programas de *Compliance* e a Atribuição de Responsabilidade Individual nos Crimes Empresariais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, nºs 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, p. 143) considera que os programas de *compliance* são “os principais referenciais” das modernas estratégias de autorregulação regulada.

⁴⁵ HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 290 e ss. e 297 *apud* IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. Cit.*, p. 65.

modo genérico, são qualificadas como programas de cumprimento: *Compliance* significa, assim, “autovigilância”.⁴⁶

Para NIETO MARTÍN, o *Compliance* surge na sequência da descrença estatal na teoria da “mão invisível” como uma das respostas para o “dilema” estatal entre, por um lado, pretender regular os mercados mas, por outro lado, pretender reduzir a sua intervenção. Assim, o *Compliance* surge como um dos elementos essenciais do *regulatory capitalism*, um híbrido entre poder público e poder privado, entre Estado e mundo empresarial.⁴⁷

Como veremos, para os Autores que veem o sistema de responsabilidade penal das pessoas coletivas como uma estratégia para a autorregulação, a configuração do crime coletivo e da culpa da pessoa coletiva será diferente, o que releva na construção/afirmação da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

⁴⁶ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, p. 100.

No mesmo sentido, RODRIGO SÁNCHEZ RIOS e CAIO ANTONIETTO (“Criminal Compliance: Prevenção e Minimização de riscos na gestão da Atividade Empresarial”, in *Revista de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 23, Nº 114, Maio-Jun. 2015, p. 369) afirmam que “é nítida a transferência de meios e de funções do poder público para o campo privado, Em diversos setores, e em especial no âmbito das empresas, constata-se a incumbência dessa delegação, mediante a adoção de medidas de autorregulação regulada, como fórmula adequada para superar os problemas na execução de normas jurídicas”.

⁴⁷ ADÁN NIETO MARTÍN, “Regulatory Capitalism cumplimiento normativo”, *Ob. Cit.*, p. 13.

CAPÍTULO II – Por que facto responde penalmente a pessoa coletiva?

(i) Pelo concreto facto típico que irrompe da sua organização e no qual esta se reflete?

(ii) Pela organização deficiente ou “desorganização” que implique um estado de perigosidade para bens jurídico-penais?

Não existem dúvidas quanto à possibilidade de as pessoas coletivas serem sujeitos penalmente relevantes e responsáveis, sendo o primeiro “momento” essencial para essa responsabilidade penal, e para a sua compreensão, o facto gerador da mesma.

Não se pretende aferir o tipo de crimes pelos quais as pessoas coletivas poderão ser penalmente responsabilizada, até porque a isso já nos responde o art. 11.º, n.º 2, do CP, no qual consta o elenco de crimes pelos quais as pessoas jurídicas responde.⁴⁸

Dito isto, sabendo que a pessoa coletiva pode ser penalmente responsabilizada pelos crimes que irrompam da sua organização, ainda que não diretamente relacionados com a sua atividade empresarial, importa perceber qual o facto-típico que gera a responsabilidade e pelo qual a pessoa jurídica será penalmente responsabilizada.

Este é um tópico ainda muito discutido na doutrina, sobretudo, na doutrina internacional: a grande questão (que dá nome ao presente capítulo) é a de saber se o facto-típico gerador da responsabilidade penal da pessoa coletiva é o concreto facto-típico que irrompe da sua atividade (por exemplo, poluição de ar, água ou solo – art. 279.º do CP) ou se é o facto de, por não se ter organizado eficientemente, a pessoa coletiva ter permitido ou potenciado a ocorrência daquele facto-típico.

⁴⁸ A este respeito, note-se que, embora a criminalidade da empresa surja frequentemente associada à prática de crimes económicos ou tributários, a sua extensão é mais abrangente, incluindo a criminalidade comum emergente da atividade empresarial.

Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA (*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Ob. Cit., p. 14): “Ainda quando o bem jurídico tutelado não tenha relação particular com a actividade desenvolvida pela empresa, se a sua violação ocorre dessa actividade (v.g., o homicídio doloso) é frequentemente muito difícil determinar qual a acção ou omissão causal e a quem imputar a conduta típica, sobretudo quando, como é frequente, o resultado é produzido pela conjugação de várias acções e omissões materialmente atribuíveis a pessoas várias em resultado da divisão do trabalho na empresa, deparando-se idênticas dificuldades de natureza probatória numa e noutra categoria de crimes”.

Como se demonstrará, a resposta a esta questão dependerá do modelo de imputação que se adotar, sendo certo que a mesma é de extrema relevância para o tema em estudo: a relevância dos programas de *Compliance* na responsabilidade penal das pessoas coletiva.

1. Modelos de imputação⁴⁹

Existem dois grandes modelos de imputação:⁵⁰

- a. O modelo de responsabilidade por atribuição (também denominado modelo de responsabilidade por substituição, modelo vicarial, modelo de responsabilidade por representação, ou, ainda, heterorresponsabilidade), no âmbito do qual se considera que a pessoa coletiva responde pelo facto-típico praticado pela pessoa singular, sendo a sua imputação ao ente jurídico dependente da ligação do comportamento/ação em causa, da sua conexão e censurabilidade, à pessoa coletiva.
- b. O modelo de responsabilidade própria (também denominada modelo de responsabilidade direta ou autorresponsabilidade), no âmbito do qual se considera que a imputação é dirigida ao comportamento da pessoa coletiva, sem necessária intermediação de pessoas singulares.

Apesar destes dois modelos de imputação serem os principais e os mais discutidos, em estudo mais recentes surge teorizado um modelo intermédio.

Vejamos com mais pormenor cada um destes modelos de responsabilização criminal do ente coletivo:

⁴⁹ Neste contexto, e conforme explica ROBLES PLANAS (“¿Delitos de personas jurídicas? – A proposito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delitivos”, in *InDret*, nº 2/2006, p. 5), “imputação” significa legitimação material da imposição de sanções à pessoa coletiva.

⁵⁰ A propósito dos modelos de imputação existentes, GERMANO MARQUES DA SILVA (*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, *Ob. cit.*, p. 174) considera que em qualquer um dos modelos a pessoa coletiva responde penalmente por um facto próprio.

1.1 Modelo de responsabilidade por representação (heterorresponsabilidade)

Como referimos, no modelo de responsabilidade por representação o que releva, num primeiro momento, são as ações das pessoas singulares através das quais a pessoa coletiva existe.

Para ROBLES PLANAS, neste modelo de responsabilidade por atribuição, a responsabilidade da pessoa jurídica constrói-se exclusivamente a partir da transferência da imputação da responsabilidade da pessoa singular, que atuou em sua representação: o facto praticado pelo representante ou pelo órgão considera-se praticado pela pessoa coletiva.⁵¹

HEINE entende que este é um modelo de imputação antropomórfico, que equipara a responsabilidade individual à coletiva e só poderá funcionar aceitavelmente, na teoria e na prática, em pequenas empresas estruturadas hierárquica e linearmente, nas quais poucas pessoas assumem as funções-chave.⁵²

Segundo este modelo de imputação existe uma identificação absoluta entre a pessoa coletiva e os seus órgãos e representantes, pelo que uma infração realizada por estes últimos, quando praticada em benefício da pessoa coletiva, considera-se praticada pela própria.⁵³

⁵¹ ROBLES PLANAS, “¿Delitos de personas jurídicas? – A proposito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delitivos”, *Ob. Cit.*, p. 5.

⁵² GÜNTHER HEINE, “Unternehmen, Strafrecht und europäische Entwicklungen”, *Österreichisches Juristenzeitung*, 2000, p. 875, *apud* ROBLES PLANAS, “¿Delitos de personas jurídicas? – A proposito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delitivos”, *in InDret*, nº 2/2006, p. 6.

Para HEINE (*Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos, Baden-Baden, 1995, p. 95 *apud* ROBLES PLANAS, ¿Delitos de personas jurídicas? – A proposito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delitivos, *Ob. Cit.*, p. 6) a impossibilidade de atribuição de responsabilidade ao indivíduo (por não ser possível individualizá-lo) resulta, essencialmente, de uma de duas situações: ou porque a própria pessoa jurídica está organizada de forma a impedir o apuramento de responsabilidades (irresponsabilidade individual organizada); ou em virtude das dificuldades inerentes à atribuição de responsabilidade penal em estruturas organizadas (irresponsabilidade indivíduo estrutural).

⁵³ Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA (*Direito Penal Português – Parte geral: Introdução e teoria da lei penal*. Vol. II, Editorial Verbo, 1998, p. 266): “a pessoa colectiva não actua por si mesma, mas sempre por intermédio de outrem, seu órgão ou representante. Nessa medida o facto pelo qual a pessoa colectiva responde penalmente é um facto de outrem que actua por ela”.

No entanto, para o Autor, ainda que este facto seja praticado por quem atua em nome da pessoa coletiva, o mesmo é considerado facto próprio da sociedade porque a responsabilidade penal da pessoa coletiva “há-de sê-lo por facto e culpa própria e não por facto e culpa de outra pessoa. Para responsabilizar criminalmente a sociedade é, pois, necessário que possa atribuir-se-lhe a culpa pelo facto típico penal que objectivamente lhe é atribuído” (cfr. *Idem*, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, *Ob. Cit.*, p. 258).

Este modelo de responsabilidade segue a lógica de que a capacidade de ação e a suscetibilidade de culpa das pessoas coletivas são definidas em função das ações e da culpa dos que por si atuam: após o reconhecimento da ação e da culpa do representante da sociedade, há lugar à imputação da infração à sociedade.

Assim, a primeira questão fundamental deste modelo de responsabilidade será sobre as concretas pessoas singulares que podem comprometer a sociedade. A preocupação pela eficácia da repressão faz com que o grupo de pessoas suscetíveis de gerar responsabilidade criminal por parte do ente coletivo seja cada vez mais abrangente: não só as pessoas com poderes de administração poderão comprometer a sociedade, mas também as pessoas sob as suas ordens. Esta ampliação do grupo de pessoas capazes de gerar responsabilidade criminal para a sociedade deve-se, não só ao receio de o sistema repressivo se mostrar ineficaz, mas também ao dever que a sociedade tem de garantir que as pessoas que assumem responsabilidades no âmbito da sua atividade reúnem as condições/competências necessárias.⁵⁴

A segunda questão fundamental deste modelo de responsabilidade será a imputação dessa infração à pessoa coletiva, através da compreensão do vínculo entre a pessoa singular, que praticou com culpa a ação típica, e o ente coletivo.

Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA entende que a fórmula que mais convence é a que baseia a imputação do ilícito à sociedade na relação funcional entre a prática do facto ilícito e o domínio da atividade na empresa pela pessoa que o praticou.⁵⁵

Assim, no âmbito deste modelo de responsabilidade por substituição, consoante a qualidade das pessoas singulares que podem gerar responsabilidade criminal da pessoa coletiva, existem duas modalidades:

a. *managerial mens rea*: a responsabilidade penal da pessoa coletiva funda-se na ação e na culpa dos titulares dos seus órgãos sociais, no âmbito do exercício dos seus poderes funcionais (só responsabilizam a sociedade os seus altos dirigentes, os que têm o poder de definir a vontade social);

⁵⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Ob. Cit., p. 178.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 178.

b. *composite mens rea*: a responsabilidade penal da pessoa coletiva funda-se na atuação de quaisquer trabalhadores, no interesse da sociedade, no âmbito do exercício das suas funções e em conformidade com direções ou procedimentos da sociedade: a conduta dos trabalhadores corresponde à execução da vontade dos dirigentes, havendo, ainda assim, a necessidade de demonstrar a intervenção de pelo menos uma pessoa física com posição de liderança no facto coletivo (cfr. art. 11.º, n.º 2, do CP).

Para TERESA QUINTELA DE BRITO a pessoa coletiva responde pelo concreto crime que irrompe da sua organização, sendo o facto coletivo gerador de responsabilidade criminal uma “agregação” de contributos individuais das pessoas naturais, com a ressalva que o facto coletivo transcende estas participações individuais, integrando contributos dos órgãos e centros de liderança que concorrem para a realização do ilícito em nome e no interesse da pessoa coletiva. Ou seja, na medida em que a Autora entende que a pessoa coletiva responde pelo concreto crime que irrompe da sua organização, e não por não se ter organizado eficientemente, parece-nos que TERESA QUINTELA DE BRITO segue um modelo de imputação indireta, com a relevante ressalva que a pessoa coletiva não responde pelos atos individuais das pessoas naturais, mas sim por um facto próprio, coletivo, que integra esses contributos individuais, mas não se confunde com os mesmos, transcende-os (afastando-se, assim, da responsabilidade penal da pessoa coletiva por facto “alheio”. Para a Autora, o “*fundamento da imputação de responsabilidade à pessoa colectiva reside na relação interna entre ela e o facto cometido por determinado círculo de pessoas*”.⁵⁶

Consequentemente, mesmo neste modelo de imputação por substituição, o ilícito pelo qual a pessoa coletiva responde é um ilícito próprio, perpetrado pela pessoa singular mas que é convertido num ilícito coletivo em virtude de (i) o ente coletivo “*ter determinado os elementos essenciais do crime através de condições crimógenas de*

⁵⁶ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS, PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do curso Pós-graduado de aperfeiçoamento*, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2012, p. 203.

A Autora refere que a ligação entre o facto cometido e a pessoa jurídica não se deverá configurar como “*conexão entre uma organização deficiente ou uma administração defeituosa do risco e o facto praticado*”, sob pena de o fundamento da responsabilidade penal da pessoa coletiva passar a ser o perigo de ocorrência de factos *da espécie* do facto perpetrado, e não o concreto facto praticado. Deste modo, poder-se-á fundamentar a ligação entre o facto cometido e a pessoa jurídica através do “*domínio da organização para a execução típica do facto*”.

organização, funcionamento e/ou da sua filosofia crimógena de prossecução do fim social”⁵⁷ e (ii) não ter adotado as medidas necessárias a evitar a prática de crimes no âmbito da sua atividade (isto é, a pessoa coletiva podia, e devia, ter-se organizado e vigiado a sua atividade de forma a evitar a prática de crimes, no entanto não o fez ⁵⁸).

1.1.1 Problemas deste modelo de responsabilidade por substituição

Um dos problemas apontados a esta modelo de imputação é que o mesmo faz depender a responsabilidade criminal da pessoa coletiva unicamente do reconhecimento da ação ilícita e culpa do seu dirigente ou trabalhador, sem que se exija a explicação dessa mesma ação à luz da cultura corporativa. Assim, mesmo em situações em que a ação/infração não se enquadra na cultura empresarial, a pessoa coletiva poderá ser criminalmente responsabilizada e, acrescente-se, nestes casos a afirmação de culpa da pessoa coletiva é alheia a um concreto juízo de valor.⁵⁹

Por outro lado, este modelo de responsabilidade pode ser inaplicável quando não é possível identificar a concreta pessoa singular e, como já se referiu, no âmbito de empresas de grande dimensão, frequentemente, essa identificação é virtualmente impossível, levando, por isso, à impunidade.

1.2 Modelo de responsabilidade direta

⁵⁷ *Ibidem*, p. 220.

⁵⁸ Isto significa que a pessoa coletiva tem “o domínio da organização para a execução do facto”, expressão de AUGUSTO SILVA DIAS (em *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*, Coimbra Editora, 2008, pp. 185 e ss.), referente à responsabilidade individual dos dirigentes das organizações, mas que, no entendimento de TERESA QUINTELA DE BRITO (“Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, *Ob. Cit.*, p. 204), é também aplicável à própria pessoa coletiva.

Relativamente ao “domínio da organização para a execução do facto típico”, TERESA QUINTELA DE BRITO (*Ibidem*, p. 204) explica que a pessoa coletiva domina a realização do facto típico “se está ao seu alcance a adopção das medidas organizativas, de direcção e gestão, necessárias e adequadas a obstar ao início e à prossecução da execução típica, que organizativa, operativa e/ou culturalmente pré-cunhou”. Por outro lado, o referido “domínio da organização para a execução do facto típico” é exercido pela pessoa jurídica através das pessoas físicas que lideram a sua organização.

⁵⁹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, *Ob. Cit.*, p. 180.

No âmbito do modelo de responsabilidade direta, a pessoa coletiva é responsável pelos factos a si imputáveis, desde que os atos praticado pelos seus representantes sejam conformes à cultura corporativa e à organização interna da sociedade.⁶⁰

Este modelo de imputação surge com o objetivo de superar o problema da atribuição de responsabilidade penal por atos alheios.

Neste modelo de imputação considera-se que sobre a pessoa coletiva recai o dever jurídico de se organizar eficientemente (designadamente, através da adoção de modelos de gestão que previnam a prática de atos ilícitos), o que a coloca numa posição de garante face aos atos das pessoas singulares que a integram. Assim, a omissão da pessoa coletiva (de não se organizar eficientemente) é o facto-típico pelo qual esta responde penalmente (não o crime cometido pela pessoa singular), isto é, o fundamento da sua responsabilidade penal é o facto (ou omissão) de ter infringido os seus deveres de controlo (infração esta que deriva da sua deficiente organização).

GÓMEZ-JARA DÍEZ, um dos principais defensores da autorresponsabilidade, enumera vários benefícios que suportam este modelo de imputação, designadamente: **(i)** não estando a responsabilidade penal da pessoa coletiva dependente da atuação da pessoa singular, poderão combater-se os fenómenos de irresponsabilidade organizada e estrutural; **(ii)** nos modelos de heterorresponsabilidade é mais complicado afirmar a culpa da pessoa coletiva porque o que se considera é a atuação da pessoa singular; **(iii)** os modelos de autorresponsabilidade respondem melhor aos novos paradigmas do Direito Penal; e **(iv)** os modelos de autorresponsabilidade estimulam em maior medida a criação de uma cultura corporativa de respeito pelo Direito, isto é, estimulam as empresas a cumprir o seu papel de “cidadãos corporativos fiéis ao Direito”.⁶¹

⁶⁰ As investigações de criminalidade económica demonstram que o fator determinante para a prática de crimes no âmbito da atividade empresarial é a influência da própria empresa sobre os seus trabalhadores: se a empresa adota uma postura de respeito pelos valores éticos, haverá uma menor probabilidade de serem cometidos crimes no seio da sua atividade (cf. ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *Ob. Cit.*, p. 96).

⁶¹ Cfr. CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas” in *Revista Eletrónica de Ciência Penal y Criminología*, ISSN 1695-0194, RECPC 08-05 (2006), pp. 24 a 26. Disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>.

Em sentido semelhante, SILVA SÁNCHEZ (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español”, in JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 18), defende que a responsabilidade penal consagrada no direito espanhol deveria ser interpretada segundo este modelo de imputação e enumera três argumentos

Este modelo de responsabilidade assenta no pressuposto de que uma pessoa coletiva empresarial constitui um sistema autopoietico, isto é um sistema autónomo que produz e reproduz os elementos que o constituem e que é composto por um sistema de comunicações: enquanto os seres humanos são sistema autopoieticos psíquicos, as empresas são sistema autopoieticos organizacionais.⁶²

No entendimento de GÓMEZ-JARA DÍEZ ⁶³, a empresa é um sistema organizativo que é reproduzido através de decisões que servem como conexão a decisões subsequentes da própria empresa e que são baseadas em decisões anteriores da empresa, cada decisão tem um fim que deve ser interpretado como um começo: a decisão é configurada como o modo específico de operação. Assim, os sistemas organizacionais são independentes dos membros concretos e a associação não se constitui com base em indivíduos específicos ou características abstratas que os membros devem possuir, mas sim com base nas estruturas internas do sistema, motivo pelo qual a organização mantém sua identidade, embora os membros da organização mudem continuamente. Outra característica essencial para se afirmar a autorreferência⁶⁴ da empresa é que as premissas de decisão são, por sua vez, decidíveis: para se afirmar a autonomia do sistema auto-organizador, esse sistema deve ter as suas próprias premissas de decisão. Os sistemas vivos, psíquicos e sociais são

essenciais que o justificam. O primeiro argumento prende-se com a *irresponsabilidade organizada*: nem sempre é possível identificar e responsabilizar a pessoa singular que, no âmbito da pessoa coletiva, agiu. O segundo argumento refere-se à *insuficiência preventiva da responsabilidade penal individual*: mesmo nos casos em que é possível identificar a concreta pessoa singular que agiu, a sua responsabilização, e consequente punição, não constituem resposta suficiente para a *criminalidade empresarial*. O terceiro argumento prende-se com a *insuficiência preventiva das formas de responsabilidade coletiva não penais* (designadamente, sanções e outras medidas administrativas), que não são adequadas à grande maioria dos crimes que irrompem na atividade das pessoas coletivas.

Também ENRIQUE BACIGALUPO (*Compliance y Derecho Penal*, Ob. Cit., p. 99) afirma que uma organização ineficiente deve ser um pressuposto da responsabilidade penal da pessoa coletiva em todos os casos, seja quanto a delitos cometidos pelos subordinados, seja quanto a delitos cometidos por dirigentes e representantes.

JUAN ANTONIO LASCURAÍN (“*Compliance*, debido control y unos refrescos”, in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013, Tirant la Blanch, pp. 120 e 121) acompanha o entendimento de ENRIQUE BACIGALUPO segundo o qual o fundamento da responsabilidade penal da pessoa coletiva será a sua organização ineficiente, mesmo quando esteja em causa um delito cometido por um dirigente, mas com uma importante ressalva: perante um crime cometido por um dirigente, apenas se poderá afirmar de forma automática o defeito de organização (fundamento/pressuposto da responsabilidade penal coletiva) se apenas existir um dirigente (o que atuou), pois, para este Autor, o delito é, por definição, um ato de desorganização empresarial e quando existem vários dirigentes, a ação de um deles não pode conduzir automaticamente à afirmação de um defeito organizativo sob pena de se contrariar o princípio da culpa.

⁶² CARLOS GOMÉZ-JARA DÍEZ, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Ob. Cit., pp. 3 a 6.

⁶³ *Ibidem*, pp. 6 a 10.

⁶⁴ Na metafísica, a autorreferência é a subjetividade e a heterorreferência é a objetividade.

capazes de conhecimento quando têm a capacidade de, a partir das suas próprias cognições e com a ajuda de suas próprias cognições, desenvolver cognições posteriores. Assim, as referidas premissas de decisão funcionam como uma espécie de ‘código do sistema’ e todas as decisões da organização serão orientadas segundo esse ‘código do sistema’. Por outro lado, as premissas das decisões corresponderão ao planeamento da empresa (que visa orientar as decisões que futuramente serão tomadas) e constituirão estruturas de expectativas que permitem à organização continuar a operar.

Para este sistema de imputação, a responsabilidade penal da pessoa coletiva depende da verificação de três requisitos: (i) o ato ilícito tem de ter sido cometido por um representante ou órgão da pessoa coletiva; (ii) este ato ilícito tem de visar a obtenção de um benefício para a pessoa coletiva; e (iii) a realização do ato ilícito tem de ter origem num defeito na organização da pessoa coletiva.⁶⁵

Deste modo, o crime cometido por um representante ou órgão da pessoa coletiva em proveito desta última é um pressuposto da responsabilidade penal da pessoa coletiva mas não é o seu fundamento ⁶⁶: esse fundamento será a deficiente organização que “permitiu” a prática daquele crime.⁶⁷

Neste modelo de responsabilidade direta, que assenta numa culpa própria da pessoa coletiva, a pessoa individual que pratica o ato ilícito (que continua a ser um contributo essencial para a responsabilização) deixa de ser o protagonista e passa a ser uma consequência da culpa da sociedade. Isto é, a ação e a culpa dos representantes da pessoa coletiva passam a ter um papel secundário, não são o fundamento da responsabilidade penal da pessoa coletiva, uma vez que esse fundamento é a culpa da pessoa coletiva que advém da sua deficiente organização, sendo, por isso, meros efeitos/sintomas dessa organização deficiente da sociedade.

⁶⁵ MIGUEL BAJO FERNANDES, BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ E GÓMEZ-JARA DIEZ. *Tratado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Pamplona:Thompson Reuterus, 2012, p. 155 *apud* TRACY JOSEPH REINALDET, “Compliance e a Responsabilidade penal da pessoa jurídica: intersecções no que tange a tipicidade e a culpabilidade” in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, p. 154.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 156.

⁶⁷ Em sentido semelhante, MANUEL GOMÉZ TOMILLO (*Compliance Penal y Política Legislativa: El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant la Blanch, 2016, pp. 29 e 30) entende que não existindo um defeito organizacional, não existe infração.

De facto, por assentar na culpa própria da pessoa coletiva, este modelo de imputação tem repercussões muito relevantes na construção do conceito de culpa coletiva.

Neste sentido, uma das propostas para a reconfiguração do conceito de culpa assenta na *culpabilidade de organização*, isto é, a culpa própria da pessoa coletiva resulta das suas deficiências organizacionais ou de fiscalização que permitiram a perpetuação do facto típico. É a omissão da sociedade na adoção de medidas eficazes de organização ou de fiscalização que previnam a consumação de crimes que justifica a censura e, consequentemente, a sua culpa própria.

Esta tese da culpabilidade organizacional, introduzida por TIEDEMANN em 1988⁶⁸, preconiza que a pessoa coletiva deve responder criminalmente por um facto próprio; propõe-se que o conceito funcional de ação seja substituído por um conceito normativo que, no caso, se traduzirá na culpa por défice de organização. Estabelecendo-se um paralelo com a responsabilidade penal individual, este Autor remetia para os casos de *actio libera in causa*.⁶⁹

Outra proposta para a reconfiguração do conceito de culpa da pessoa coletiva assenta no risco que a sua atividade empresarial representa: na medida em que a atividade societária cria mais riscos para a comunidade, a pessoa coletiva tem uma maior responsabilidade e dever de controlar os efeitos da sua atividade.

É esta a premissa base da teoria do *domínio de organização funcional-sistemático* de HEINE⁷⁰: Conhecendo os riscos típicos que a sua atividade acarreta, se a pessoa coletiva não domina a sua organização de modo a adotar as medidas necessárias para evitar a realização desses mesmos riscos, esta falta de domínio justifica a reprovação. Por outras palavras, o que determina a prática do ato típico não é a vontade de um único autor, mas sim “*um processo de acumulação de management defeituoso*”.⁷¹ Deste modo, é este

⁶⁸ Para TIEDEMANN o verdadeiro fundamento da “responsabilidade” da pessoa coletiva não é a infração cometida pela pessoa singular, mas a omissão da empresa do seu dever de vigilância (cfr. ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *Ob. Cit.*, p. 86).

⁶⁹ *Ibidem*, p. 86 e 87

⁷⁰ HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 312, *apud* ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *Ob. Cit.*, p. 87.

⁷¹ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, *Ob. Cit.*, p. 186.

management defeituoso que determina a responsabilização penal da pessoa coletiva pelo risco acrescido que a sua atividade empresarial representa.

LAMPE, por sua vez, quanto à culpabilidade social, entende que, sendo a finalidade do direito penal a proteção ético-social de bens jurídicos, também as pessoas coletivas devem fundar os seus princípios e organizar a sua atividade em conformidade com os desígnios ético-sociais da comunidade, pelo que, se a pessoa coletiva não cumpre com as suas responsabilidades sociais, a censurabilidade desse incumprimento vem da incapacidade própria da pessoa coletiva se organizar em torno dos mesmos: é o próprio sistema da pessoa coletiva que causa a violação de bens jurídicos; a culpa é da sociedade ao revelar um “*mau carácter empresarial*”, uma filosofia empresarial crimógena.⁷²

NIETO MARTIN, entendendo que a responsabilidade penal das pessoas coletivas não é mais do que um instrumento para “obrigar” as empresas a adotarem mecanismos de *Compliance*⁷³, sufraga a tese de que a pessoa coletiva responde efetivamente por um crime próprio, e não pelo crime cometido pela pessoa singular que a integre. No entanto, esse crime pelo qual a pessoa coletiva responde não é a defeituosa organização, não é a sua imprudência que possibilita ou potencia a ocorrência do crime, uma vez que, para o Autor, identificar o defeito de organização com o crime cometido significa apenas concentrar-se no resultado típico verificado e desconsiderar os esforços preventivos que possam ter sido feitos: tratar-se-ia de forma idêntica as empresas que se esforçaram por se organizar eficientemente e as que não o fizeram.⁷⁴

Também sufragando a responsabilidade penal da pessoa coletiva por um facto próprio, que se traduz num defeito de organização, JUAN ANTONIO LASCURAÍN faz uma importante ressalva: só haverá imputação do crime cometido no âmbito da atividade da pessoa coletiva a esta quando a omissão do “devido controlo” for grave, porque o que se imputa à pessoa coletiva é um delito e não uma simples falha.⁷⁵ Ou seja, se o crime em causa foi cometido por um trabalhador malicioso, haverá uma falha no “devido controlo”, porque o mesmo conseguiu concretizar o facto-típico sem ser travado pela organização

⁷² *Ibidem*, p. 188.

⁷³ *Vide supra* nota 44.

⁷⁴ ADÁN NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, *Ob. Cit.*, pp. 36 a 38.

⁷⁵ JUAN ANTONIO LASCURAÍN, *Ob. Cit.*, pp. 126 e 127.

da pessoa coletiva. Porém não existirá um crime imputável à pessoa coletiva porque o defeito na organização não é considerado grave.

Em sentido semelhante, mas não inteiramente coincidente, GÓMEZ TOMILLO entende que o ilícito pelo qual a pessoa coletiva responde é a omissão de adoção de modelos de prevenção (a que acresce, naturalmente, a prática de um crime no âmbito da empresa), porque o Autor considera existir uma imposição punitiva nesse sentido.⁷⁶

Isto é, para este Autor a pessoa coletiva responde por um crime próprio (defendendo, portanto, um modelo de responsabilidade direta), e esse crime próprio é a inexistência de medidas de prevenção e controlo, que podem ser, como são na grande maioria das vezes, programas de *Compliance*; ou seja, não é pelo concreto ilícito-típico cometido no âmbito da sua atividade que o ente jurídico responde.

O Código Penal suíço também parece contemplar este modelo de responsabilidade direta uma vez que prevê a responsabilidade penal da pessoa coletiva sempre que se verifique um crime no âmbito da sua atividade comercial da empresa e que, por conta da sua deficiente organização, não seja possível imputá-lo a uma pessoa física concreta – é, portanto, uma responsabilidade objetiva.⁷⁷

1.2.1 Problemas deste modelo de responsabilidade direta

A principal dificuldade deste modelo de imputação respeita aos crimes dolosos e aos crimes que exigem um dolo específico, na medida em que o modelo de responsabilidade direta faz assentar a culpa da pessoa coletiva na sua organização defeituosa, na sua incapacidade de tomar medidas e de se organizar para que seja evitada a prática de atos ilícitos, ou seja, esta censura é a que está na base da imputação a título de negligência. Por este motivo, quanto aos crimes dolosos ter-se-ia também de demonstrar que a pessoa coletiva, representando o facto que preenche um tipo de crime, atuou com intenção de o realizar, atuou tendo consciência que a sua realização era uma

⁷⁶ MANUEL GÓMEZ TOMILLO, *Compliance Penal y Política Legislativa: El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Ob. Cit., p. 75.

⁷⁷ Cfr. Code pénal suisse, Art. 102, consultável em <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html>.

consequência necessária, ou, ainda, atuou sabendo que essa realização era consequência possível da sua conduta, tendo-se conformado com essa possibilidade.

Outro problema deste modelo de responsabilidade é a condução a uma responsabilidade objetiva: o crime foi cometido porque a organização funcional da pessoa coletiva não evitou a sua consumação e esta inadequação sempre será da responsabilidade de alguém que tem o domínio da estrutura da empresa.⁷⁸ Ou seja, não há demonstração da manifestação de vontade desconforme ao direito, nem demonstração do desvalor pessoal (ou social) perante a norma jurídica infringida e o bem jurídico tutelado.

Por outro lado, a ocorrência de um crime no âmbito da atividade empresarial não implica, necessariamente, um defeito na sua organização: afirmar-se automaticamente um defeito organizacional em virtude da ocorrência de um crime significa o mesmo que afirmar que uma organização adequada evitaria certamente a ocorrência desse crime, o que não é possível demonstrar.

TERESA QUINTELA DE BRITO afirma que este modelo de autorresponsabilidade “*substitui, como objecto de imputação de responsabilidade, o concreto ilícito típico por um nebuloso facto colectivo de auto-organização deficiente ou de gestão defeituosa dos riscos típicos da exploração. Auto-organização ou gestão deficientes que se manifestariam no ilícito praticado através da organização. Ilícito que, assim, se converteria em condição objectiva de punibilidade de um estado de perigosidade da organização, em lugar de constituir o objecto da imputação da responsabilidade à pessoa jurídica*”.⁷⁹

Importa, em todo o caso, esclarecer o seguinte: a culpabilidade pela auto-organização deficiente, preconizada neste modelo de autorresponsabilidade, criticada por conduzir à consideração do crime como condição objetiva de punibilidade e por se afastar

⁷⁸ Neste sentido GERMANO MARQUES DA SILVA (*Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Ob. Cit., p. 193); e TERESA QUINTELA DE BRITO (“Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, nº 1, Janeiro-Março 2010, p. 55: “a pessoa jurídica não responde penalmente por um estado de perigosidade da sua organização, revelado e materializado no crime que irrompe a partir dela. Crime que, assim, se converteria em condição objectiva de punibilidade de um nebuloso facto colectivo”).

⁷⁹ Cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS, PAULO DE SOUSA MENDES, CARLOTA ALMEIDA (Coord.), *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 147.

do concreto crime que irrompeu da organização, não se confunde com o “domínio da organização para a execução do facto” (isto é, a pessoa coletiva pode, e deve, organizar-se de forma a evitar a prática de crimes, mas não o faz, o que constitui um dos fatores de conversão do ilícito em ilícito coletivo – v. *supra* nota 58), na medida em que este fator é sempre analisado e considerado à luz do concreto facto praticado.

Para o *Consejo General del Poder Judicial* (CGPJ), a responsabilidade penal configurada nos moldes em que o é no modelo de responsabilidade direta violaria o princípio da responsabilidade subjetiva, uma vez que não se exige a demonstração da existência do defeito organizativo (o facto próprio que possibilita a prática do crime pela pessoa singular e que gera a responsabilidade penal da pessoa coletiva).⁸⁰ De facto, para o CGPJ, interpretar-se o regime da responsabilidade coletiva das pessoas coletivas nestes termos levantaria duas questões: por um lado, a responsabilidade penal da pessoa coletiva violaria o princípio da responsabilidade subjetiva e assentaria numa presunção – a realização de um ilícito por parte de um representante ou trabalhador funcionaria como o pressuposto desta presunção, a partir do qual se presumiria que a pessoa coletiva tinha cometido o tal “facto próprio” de omissão do controlo devido, sendo por esse “facto” que seria penalmente responsabilizada; por outro lado, admitir-se a responsabilização penal da pessoa coletiva pela ausência de controlo e por um defeito organizativo seria afirmar que o “defeito organizativo” é o fundamento da responsabilidade penal da pessoa coletiva, que a pessoa coletiva tem o dever, por imposição legal, de se organizar eficientemente, e que quando não o faz, essa omissão redundava na prática de um ilícito.

ROBLES PLANAS entende que o modelo de imputação direta, no âmbito do qual, para se evitar a imputação penal por factos alheios, se afirma que a pessoa coletiva responde por um “facto próprio” que consiste num “defeito organizativo”, parte de uma ficção construída para dissimular a violação do princípio da culpa: de facto, não poderá

⁸⁰ ROBLES PLANAS, «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», », *InDret* 2/2009, pp. 2 e 3. Conforme se escreveu no Relatório de 26.02.2009, o CGPJ considera que a pessoa coletiva é responsabilizada por um facto próprio apenas quando o facto-típico foi praticado pelo trabalhador, uma vez que só nesses casos a prática do facto-típico se deve à pessoa coletiva, que não exerceu sobre os seus trabalhadores o devido controlo; por outras palavras, quando se trata de um facto-típico praticado por um trabalhador, pode entender-se que essa ação é apenas a consequência de um ato próprio da pessoa coletiva, no caso, omissão do exercício do devido controlo, pelo que a pessoa coletiva seria penalmente responsável por esse facto próprio (e não pelo concreto crime praticado pelo trabalhador, uma vez que esse crime seria interpretado como uma consequência, um efeito, do facto/omissão da pessoa coletiva).

existir um “facto próprio” da pessoa coletiva porque esta não pode atuar com independência das pessoas singulares que a integram, pelo que a existir um “defeito organizativo” também este será imputável às pessoas singulares que o provocaram ou que não o evitaram. Deste modo, o modelo de responsabilidade por facto próprio mais não será do que uma versão refinada do modelo de responsabilidade por substituição.⁸¹

1.3 Modelo de responsabilidade ‘combinado’

Mais recentemente, foi proposto um modelo intermédio, um “meio-termo” entre o modelo de responsabilidade direta e o modelo de responsabilidade indireta. Este modelo vem sendo desenvolvido e defendido por KLAUS TIEDEMANN.⁸² Segundo este modelo, à pessoa coletiva imputa-se o facto realizado pela pessoa singular, tal como propõe o modelo da heterorresponsabilidade, sendo, porém, o fundamento dessa responsabilidade penal um defeito de organização próprio, que é determinante para a ocorrência do ilícito.⁸³

NIETO MARTÍN afirma que a única diferença prática entre este modelo misto e o modelo da autorresponsabilidade (ou da culpabilidade própria) é a possibilidade de existir ou não culpa da pessoa coletiva quando o facto-típico seja cometido por um administrador: neste modelo combinado, quando o facto-típico seja cometido por um administrador (de facto ou de direito) haverá sempre responsabilidade direta da pessoa coletiva, sem possibilidade de prova em contrário; quando o facto-típico seja cometido

⁸¹ *Ibidem*, pp. 5 a 7.

Por este motivo, um importante setor da doutrina espanhola defende que o que fundamenta a responsabilidade penal da pessoa coletiva não é um “facto próprio”, mas sim um “estado de perigo”. Este entendimento é também perfilhado por ROBLES PLANAS, desde que implique negar que a pessoa jurídica realiza um “ato criminalmente injusto”. Para o Autor, o sistema de imputação da responsabilidade penal baseado no princípio da culpabilidade atinge um certo círculo de realidades, mas a introdução de realidades que não se incluem nesse círculo implica a renúncia à culpa: a extensão das regras de imputação criminal a realidades que estão fora dela implica necessariamente renunciar à natureza criminal de tais regras.

Para ROBLES PLANAS, a responsabilidade penal tem como pressuposto a ligação não arbitrária entre o objeto da imputação (o crime) e o sujeito da imputação (no caso, a pessoa coletiva), é esta ligação que garante o princípio da culpa. Por outro lado, o sistema acusatório no Direito Penal constrói-se sobre a ideia de ‘liberdade’ e a pessoa jurídica não é livre, é dependente das pessoas singulares que a integram. Os “defeitos organizativos” não são uma expressão de vontade da pessoa coletiva, são sim manifestações das vontades individuais, pelo que a pessoa coletiva sempre será um sujeito penalmente inimputável perante o sistema penal atual, baseado na culpa.

⁸² ADÁN NIETO MARTÍN, “Regulatory Capitalism cumplimiento normativo”, *Ob. Cit.*, p. 16.

Este modelo “misto” parece merecer a concordância de ULRICH SIEBER (“Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *Ob. Cit.*, p. 88).

⁸³ Na Doutrina alemã este modelo misto é o que colhe mais apoio (Cf. *Ibidem*, p. 94).

por um trabalhador em virtude da violação dos deveres de vigilância por parte de um administrador, não existem grandes diferenças práticas entre os dois modelos em apreço.⁸⁴

Também GÓMEZ-JARA DIEZ refere um modelo de responsabilidade intermédio.⁸⁵ Como ponto de partida neste modelo intermédio, importa distinguir as medidas de prevenção referentes ao concreto facto típico realizado, do funcionamento do sistema de prevenção e gestão adotado pela pessoa coletiva.

Quanto às medidas de prevenção referentes ao concreto crime que vem imputado à pessoa coletiva, cabe à acusação provar a sua falta de idoneidade. Isto é, propõe-se um equilíbrio: por um lado a responsabilidade penal da pessoa coletiva não resulta exclusivamente do facto ilícito praticado pela pessoa singular, há que demonstrar também a falta de idoneidade das suas medidas de gestão e prevenção quanto àquele crime concreto; e, por outro lado, a existência de medidas de prevenção e gestão, por si só, não afasta a responsabilidade penal da pessoa coletiva.

Em todo o caso, e aqui entra a relevância da cultura corporativa/sistema organizativo de cumprimento, ainda que a pessoa coletiva seja responsabilizada penalmente pelo facto típico realizado pela pessoa singular e pela falta de idoneidade das suas medidas preventivas, a mesma poderá demonstrar (o ónus da prova é da pessoa coletiva), que, à data da prática do crime, a sua organização e gestão era adequada e seguia uma cultura corporativa de cumprimento da lei, sendo, por isso, merecedora da isenção de responsabilidade.

1.4 Análise crítica

Parece-nos que a responsabilidade penal da pessoa coletiva, conforme configurada no CP, responsabiliza-a pelo concreto facto-típico que irrompe da sua organização e não pela sua “deficiente organização”, isto é, consagra um modelo de imputação por

⁸⁴ ADÁN NIETO MARTÍN, “*Regulatory Capitalism* cumplimiento normativo”, *Ob. Cit.*, pp. 16 e 17.

⁸⁵ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ. “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, in *Diario la Ley*, nº 8724, de 17 de Março de 2016 [on-line]. Disponível em: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjQwtLC7Wy1KLizPw8WYMDQzMDY0MTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqABGID6oIAAAAWKE&fbclid=IwAR28AFaHrk6Bv0mWKOPH4rR3hICSTmMlmtj-4PetwdYadz7BDEfv0eeBbfc>.

substituição. No entanto, seguimos o entendimento TERESA QUINTELA DE BRITO⁸⁶ segundo o qual o facto gerador da responsabilidade é um facto coletivo e composto, que “agrega” os diversos contributos individuais, e não o ato individual da pessoa natural. Deste modo, a pessoa coletiva responderá por um facto próprio, “construído” através dos contributos das pessoas naturais que a integram, dos seus órgãos e centros de liderança (em seu nome e no seu interesse).

De facto, não resulta da lei nenhuma obrigação/dever da pessoa coletiva se organizar eficientemente, esse dever resulta do “senso-comum” e dos próprios interesses empresariais. Deste modo, considerar que a pessoa coletiva responde pela sua “deficiente organização” é uma espécie de criminalização de uma postura desvaliosa perante Direito, seria o mesmo que entender que uma pessoa singular que pratique um qualquer crime, além de responder pelo mesmo, será ainda responsável pela sua atitude de desprezo pelas normas legais ou irresponsabilidade, atitude essa que seria revelada pelo concreto crime praticado.

Sublinhe-se que isso não quer dizer que uma eventual organização precária não seja relevante para a responsabilidade penal da pessoa coletiva.

Mas considerar que a pessoa coletiva responde pelas falhas na sua organização, e não pelo concreto facto-típico que irrompe da sua organização, constituiria um Direito Penal de autor, e não de facto⁸⁷, e seria tentar “encaixar” a responsabilidade penal das pessoas coletivas no que constitui a realidade das pessoas singulares: no que respeita às pessoas singulares é simples concluir que estas respondem pelo facto/acto que praticam pelo imediatismo entre a ação e o resultado; nas pessoas coletivas, pela sua forma de atuação, pela forma como “existem”, o facto pelo qual respondem tem de ser configurado no âmbito da sua organização e, por isso, a liberdade que releva para a responsabilidade penal dos entes jurídicos não é a liberdade de decisão, ou vontade, mas sim a liberdade de auto-organização e autodeterminação.⁸⁸

⁸⁶ V. *supra* p. 32.

⁸⁷ Neste sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, “O conceito construtivista da culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídica: Exposição e resposta às críticas formuladas”, Traduzido por Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey) in *Revista Brasileira de Ciência Criminais*, Ano 21, Vol. 100, Jan-Fev 2013, p. 442.

⁸⁸ *Ibidem*, p.442.

Por outras palavras, a deficiente organização pode ser uma das componentes do facto pelo qual a pessoa coletiva responde, assim como, num caso de homicídio, transportar uma arma carregada com intenção de usar compõe o facto-típico pelo qual a pessoa singular responderá, mas não é, em si e isoladamente, o fundamento e pressuposto da responsabilização penal da pessoa coletiva, até porque se nenhum facto-típico irromper da atividade de uma pessoa coletiva que não se tenha organizado eficientemente, essa pessoa coletiva não será responsabilizada.

Assim, estando determinado o crime pelo qual a pessoa coletiva responde, importa agora analisar os critérios que são considerados para afirmar que o facto-típico concretamente verificado é um crime coletivo, um crime que gera responsabilidade do ente jurídico.

CAPÍTULO III – Critérios de imputação de responsabilidade penal à pessoa coletiva

A lei portuguesa consagra dois critérios essenciais de imputação da responsabilidade penal às pessoas coletivas: um material e outro formal.

1. Critério material de imputação de responsabilidade penal à pessoa coletiva

O critério material de imputação da responsabilidade penal à pessoa coletiva vem consagrado na primeira parte da alínea a) do n.º 2 do art. 11.º do CP: a pessoa coletiva é penalmente responsável pelos crimes cometidos em seu nome e no seu interesse (releva apenas o interesse coletivo, uma vez que o art. 11.º, n.º 6, do CP, exclui a responsabilidade do ente jurídico quando o agente singular tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito).

Atuar em nome da pessoa coletiva significa que a pessoa singular atua no exercício das suas funções, no âmbito da sua competência, não sendo necessária a invocação dessa qualidade.

Relativamente ao conceito de interesse, este tem dois sentidos: em sentido subjetivo que, como nos explica ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*traduz uma relação de apetência entre o sujeito considerado e as realidades que ele entenda aptas para satisfazer as suas necessidades ou os seus desejo*”⁸⁹; em sentido objetivo traduzirá a relação entre o sujeito e os bens suscetíveis de satisfazer as suas necessidades.

O art. 64.º do CSC ⁹⁰ reconhece a existência de um interesse próprio da empresa que, segundo as diversas teorias, se reconduz, ou não, aos interesses das pessoas singulares que a integram.

Quanto à problemática do interesse social podemos identificar duas posições principais: (i) a teoria contratualista, que define o interesse social como interesse coletivo

⁸⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral. Tomo II (Coisas)*, Almedina, 2000, p. 203.

⁹⁰ Cfr. Art. 64.º, n.º 1, do CSC: “*Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*”.

e, por isso, como interesse comum dos sócios; **(ii)** e a teoria institucionalista, na qual se considera que o(s) titular(es) do interesse social são outros sujeitos diversos dos sócios (v.g. a empresa em si, que tem um interesse próprio na eficiência da sua produtividade; o conjunto formado pelos sócios/acionistas, membros da administração e de fiscalização, os credores e todos os dependentes, que representam o interesse social; a “instituição”, isto é, a pessoa coletiva subordinada aos direitos e interesses privados e aos fins que se pretendem realizar).⁹¹

A Doutrina portuguesa tem reconduzido o interesse da sociedade ao interesse comum dos sócios.⁹² Nas palavras de LUÍS BRITO CORREIA “*definir o interesse social consiste, pois, em determinar a quem pertencem, em última análise, os interesses para cuja realização a sociedade funciona e qual o seu conteúdo típico*”.⁹³

O interesse da pessoa coletiva constituirá, não só um limite à liberdade de ação da mesma, e dos seus órgãos e representantes, mas também a verdadeira razão de existência da própria pessoa coletiva: é pela prossecução daquele interesse coletivo, o seu, que a pessoa coletiva existe.

Mas atenção: não é qualquer interesse comum dos sócios que representa o interesse social, mas apenas o interesse comum para cuja prossecução a pessoa coletiva foi criada.

Citando, novamente, LUÍS BRITO CORREIA, “*o interesse social é algo de real, de correspondente aos interesses efectivamente comuns a todos os sócios apenas no momento da aquisição dessa qualidade. Ao adquiri-la, os sócios prevêm que a solidariedade de interesses se mantenha, mas não há nada que permita afirmar que ela se manterá sempre e necessariamente como um facto. Pode manter-se, mas pode também alterar-se. Quando, porém, se altere essa solidariedade na ordem dos factos, nem por isso o interesse social se modifica, enquanto não for modificado o vínculo em que se*

⁹¹ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Direito Comercial – Sociedades comerciais*. 2º Vol., AAFDL, 1989, pp. 33 a 48.

⁹² *Ibidem*, p. 50: “A sociedade, como pessoa colectiva, não tem rigorosamente interesses próprios. O chamado interesse da sociedade ou interesse social reconduz-se a interesses de pessoas físicas relacionadas com a sociedade”.

⁹³ *Ibidem*, p. 50.

*baseia. O interesse social é um interesse jurídico, definido pelo direito, com base nas declarações negociais dos sócios”.*⁹⁴

Na leitura de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, os “interesses” da sociedade a que se refere o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais são normas e princípios jurídicos, ou seja, a lógica empresarial subjacente àquela sociedade, e não “interesses” próprios, capazes de determinar ou esclarecer regimes.⁹⁵

Para TERESA QUINTELA DE BRITO o crime será cometido no “interesse coletivo” quando o mesmo “*se reflecte e se explica à luz do modo de organização e funcionamento da pessoa jurídica e/ou da sua política empresarial. O facto punível corresponde ao interesse colectivo, desde logo, se as condições crimógenas de organização, funcionamento e/ou prossecução do fim da pessoa jurídica (pré)configuram objectivamente a execução típica, determinando os seus elementos essenciais*”.⁹⁶

Acrescenta ainda a Autora que “*o interesse colectivo também se conecta com o poder-dever da pessoa jurídica de se organiza e vigiar de forma a evitar a prática de factos puníveis, que foram cunhados pelo seu modo de organização, funcionamento e/ou actuação jurídico-económica*”⁹⁷, uma vez que “*tem de entender-se o crime também foi praticado no interesse da colectividade, quando esta não tomou as medidas de organização, gestão e controlo idóneas a impedi-lo*”.⁹⁸

⁹⁴ *Ibidem*, p. 51.

⁹⁵ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Ob. Cit.*, pp. 206 e 207.

⁹⁶ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Ob. Cit.*, p. 81; “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 76; e “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas questões em torno da interpretação do art. 11.º do Código Penal”, *Ob. Cit.*, p. 57.

Em sentido próximo, GERMANO MARQUES DA SILVA (*Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, *Ob. Cit.*, pp. 260-265).

⁹⁷ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 76.

⁹⁸ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, *Ob. Cit.*, p. 204: a Autora entende que o art. 11.º, n.º 6, do CP, assume que a ausência de medidas de organização, gestão e controlo idóneas a impedir o facto cometido equivale a uma manifestação, através do líder do ente coletivo, da própria vontade coletiva em praticar o crime no desenvolvimento da sua atividade.

Isto é, o critério material de “atuação no interesse coletivo” é densificado através do “*domínio da organização para a execução do facto típico por parte do ente*”⁹⁹, domínio este exercido através dos titulares de órgão, representantes ou líderes.

Podemos, sucintamente, dizer que o interesse coletivo traduzir-se-á na política empresarial, no modo de organização e funcionamento da pessoa coletiva para a satisfação das suas necessidades, no “*quadro de ação previamente delineado pelos órgãos sociais*” para a prossecução do objeto societário.

2. Critério formal de imputação de responsabilidade penal à pessoa coletiva

O pressuposto formal de imputação de responsabilidade penal às pessoas coletivas é, nos termos do art. 11.º, n.º 2, a), *in fine*, do CP, que o crime seja cometido por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança. O n.º 4, desse art. 11.º, acrescenta que “*entende-se que ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa colectiva e quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade*”.

Por outro lado, nos termos do art. 11.º, n.º 2, b), do Código Penal, também será imputável à pessoa coletiva os crimes cometidos por quem aja sob a autoridade das pessoas que ocupem uma posição de liderança ou dos órgãos e representantes da pessoa coletiva, em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.

O objetivo deste critério formal de imputação é que as pessoas cujas ações são suscetíveis de gerar responsabilidade penal da pessoa coletiva sejam as pessoas que vinculam e determinam o “rumo” da pessoa coletiva, ou, nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, as pessoas que “*se encontram em uma posição jurídica de dever idêntica à do dono do negócio*”, na medida em que a pessoa coletiva responde pelo crime na qualidade de titular da atividade no âmbito da qual o mesmo ocorre.¹⁰⁰

⁹⁹ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 76.

¹⁰⁰ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal”, *Ob. Cit.*, p. 55; e “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, *Ob. Cit.*, p. 205.

2.1 Pessoas que ocupam uma posição de liderança

O primeiro critério de identificação deste grupo de pessoas é-nos dado pelo n.º 4, do art. 11.º do CP, onde se determina que serão “*os órgãos e representantes da pessoa jurídica*” que controlam a sua atividade.

Uma vez que, para que a pessoa coletiva possa ser criminalmente responsável, o crime tem que ser cometido pelos seus órgãos ou representantes, importa entender com clareza, embora de forma sucinta, a densificação destes conceitos.

Adiantando, desde já que pessoas que ocupam uma posição de liderança, como explica PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, serão pessoas “*com função de direcção, administração ou fiscalização da actividade da pessoa colectiva ou membro de qualquer órgão de direcção, administração (seja membro executivo ou não executivo) e fiscalização. O representante (procurador) da pessoa colectiva que tem poderes de actuação em nome e no interesse da pessoa colectiva também é pessoa que ocupa uma posição de liderança. Como o é também o representante de facto da pessoa colectiva que actue em nome e no interesse da pessoa colectiva, tendo em conta as fontes históricas do novo preceito, isto é, os textos internacionais já citados, que distinguem os poderes de representação legal (power of representation of the legal person) e os poderes de facto de representação (authority to take decisions on behalf of the legal person)*”.¹⁰¹

O que releva quanto a este critério formal é o domínio da organização para a realização do crime. Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO entende que “*o domínio do facto tem de deixar de entender-se como domínio da acção típica por parte de quem a executa corporalmente. Aliás, este entendimento do domínio da acção nem sequer caracteriza forçosamente a autoria imediata. O domínio do facto tem de transvertir-se em um domínio social-normativo do acontecimento típico, já presente na autoria mediata e na autoria imediata em comissão por omissão*”.¹⁰²

¹⁰¹ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora. 2008. p. 83 (nº 12).

¹⁰² TERESA QUINTELA DE BRITO, “Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS e PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Direito Penal Económico e Financeiros: Conferências do curso Pós-graduado de aperfeiçoamento*, Coimbra Editora, 2012, pp. 164 e 165.

2.1.1 Os órgãos da pessoa coletiva

Como bem explica MARCELLO CAETANO “*a pessoa colectiva nasce da protecção jurídica concedida a um interesse colectivo ou a uma pluralidade de interesses colectivos, mediante a faculdade dada à vontade que os prossiga de exercer direitos e de contrair obrigações*”.¹⁰³ Para exprimir essa vontade, necessária à prossecução dos seus interesses, a pessoa coletiva depende dos seus órgãos, que são “*o elemento da pessoa colectiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a exercer pelo indivíduo ou pelo colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objectivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa colectiva*”¹⁰⁴, estabelecendo um paralelo entre a essencialidade dos órgãos da pessoa coletiva e dos órgãos da pessoa humana, o Professor continua dizendo que “*é através dos seus órgãos que a pessoa colectiva conhece, pensa e quer (...) Os actos dos órgãos são actos da própria pessoa (...) O órgão é servido por vontades humanas mas não se confunde com os indivíduos que são seus titulares*”.¹⁰⁵

Assim, poder-se-á concluir que os órgãos da sociedade são a sua forma de existência.

Os órgãos da pessoa coletiva podem revestir diferentes configurações, consoante a sua maior ou menor dimensão e complexidade e os interesses envolvidos.

Sãos dois os fatores fundamentais de diferenciação dos órgãos:

- a. atendendo à *estrutura dos órgãos*, estes podem ser *singulares*, constituídos por uma só pessoa singular, ou *coletivos*, quando integram várias pessoas;
- b. atendendo à *competência dos órgãos*, estes podem ser *ativos*, quando emitem uma vontade juridicamente imputável à pessoa jurídica, ou *consultivos*, quando fornecem os elementos com base nos quais as decisões são tomadas. No âmbito dos *órgãos ativos*, existe ainda outra distinção relevante: *órgãos internos*, os que formam a vontade da pessoa coletiva, e os *órgãos externos*, os que manifestam essa vontade coletiva.¹⁰⁶

¹⁰³ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I. 10ª Edição (5ª Reimpressão). Almedina. 1991. pp. 203 e 204.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 204

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 204.

¹⁰⁶ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Ob. Cit.*, pp. 434 e 435.

Considerando tudo o que já se deixou escrito, compreende-se que para o Direito Penal não tenham relevância os órgãos indiretos/mediatos (cujos poderes resultam da delegação dos órgãos diretos), nem os órgãos consultivos (que se limitam a emitir pareceres quanto à solução a adotar), uma vez que estes não expressam a vontade própria da sociedade, são meros auxiliares ou reflexos das decisões dos órgãos diretos e ativos (ou imediatos e deliberativos), que, de facto, definem o rumo seguido pela pessoa coletiva, tomam as decisões que tiverem de ser tomadas no âmbito da atividade societária e, dessa forma, exprimem e representam a vontade da sociedade, ou, nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, “*os que têm poder de formar ou emitir uma vontade juridicamente imputável à pessoa colectiva*”.¹⁰⁷

Neste sentido, também não são penalmente relevantes os órgãos apenas de direito, isto é, órgãos que existem por força da lei ou dos estatutos mas que não exercem efetivamente os seus poderes. Por oposição, os órgãos cuja atividade é suscetível de gerar responsabilidade penal da pessoa coletiva são os órgãos de facto, que podem, ou não, ser de direito e, como a própria designação indica, exercem de facto o poder de decisão.

Os órgãos da pessoa coletiva de facto que não sejam de direito podem, ainda assim, gerar responsabilidade à sociedade. Foi este o entendimento acolhido no Acórdão do Tribunal Constitucional nº 395/2003¹⁰⁸, no qual se considerou que a interpretação do conceito “representantes da pessoa coletiva” que melhor se adequa às finalidades do sistema punitivo é a interpretação segundo a qual são considerados os representantes ‘reais’ da sociedade, ainda que estes não ajam ao coberto de um título jurídico que os qualifique como tal, sob pena de “*se criar uma enorme lacuna de punibilidade quanto a infracções que podem revestir assinalável gravidade social*”, acrescentando-se que estando perante um crime cometido por um representante ‘de facto’ da pessoa coletiva, em cujo nome e interesse se atuou, não se estará a desrespeitar o princípio do carácter individual da responsabilidade penal: a sociedade estará a ser responsabilizada por factos praticados por um membro da sua organização.

¹⁰⁷ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Ob. Cit., p. 230.

¹⁰⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 395/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030395.html>.

Porém, esta interpretação sufragada no referido Acórdão do Tribunal Constitucional não é unanimemente acolhida. FERNANDA PALMA, no seu voto de vencida, chama a atenção para o facto de o intérprete estar a ir para além da letra da lei, incluindo na expressão “representante de pessoa colectiva” quaisquer pessoas que ajam no interesse e em nome de uma pessoa coletiva, arrogando-se, assim, um papel que apenas cabe ao legislador e fomentando a insegurança nos destinatários de Direito: *“o princípio da legalidade e o seu corolário da tipicidade sobrepõem-se absolutamente à necessidade político-criminal (...) A ratio legis exige que esse nexo de imputação se construa a partir de agentes cuja actuação deva ser considerada como “a voz e o corpo” da pessoa colectiva, por ela poder controlar tais agentes. Que o critério para a imputação de vontade abranja os representantes de facto por razões de eficácia ou apenas os representantes legais por razões de segurança é algo que só pode ser decidido pelo legislador, não cabendo ao intérprete inferir de uma expressão não suficientemente precisa da lei a primeira opção”*.¹⁰⁹

2.1.2 Representantes da pessoa coletiva

Antes de começarmos a ‘preencher’ este conceito, importa esclarecer que os representantes da pessoa coletiva, na aceção que a seguir se abordará, não são os titulares dos seus órgãos de representação (v.g. gerente ou administrador), mas sim aqueles que, não integrando os órgãos da pessoa coletiva, agem por sua conta e no seu interesse (v.g. mandatário).

Acrescente-se que a representação orgânica, em que os representantes são membros dos órgãos da representada, não é uma verdadeira “representação”, mas sim uma manifestação da vontade própria da sociedade, um ato próprio da sociedade e não um ato do representado que se repercute na esfera jurídica da pessoa jurídica. Como nos explica JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, na representação verdadeira imputa-se uma ação, ou seja, a ação do representante imputa-se ao representado, mas na “representação”

¹⁰⁹ Cfr. Voto de FERNANDA PALMA no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 395/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030395.html>.

orgânica o que é imputado é uma mera declaração, porque o ato é da própria representada.¹¹⁰

O conceito de ‘representante da pessoa coletiva’ em Direito Penal, antecipando uma conclusão, não se afasta do correspondente conceito no Direito Civil. De facto, para efeitos de imputação de um crime a uma pessoa coletiva, o ‘representante’ terá de preencher os critérios essenciais determinados no Direito Civil.

Na representação exigem-se três pressupostos essenciais: **(i)** atuação em nome de outrem, o representante age com a intenção de que os efeitos da sua atuação se produzam na esfera jurídica de outrem e todos os intervenientes estarão esclarecidos quanto à invocação dessa sua qualidade de representante; **(ii)** por conta do representante, isto é, embora os efeitos se produzam na esfera jurídica do representado, o representante atua ao abrigo da sua autonomia privada; e **(iii)** com poderes de representação, que podem ser legal ou voluntariamente concedidos pelo representado.¹¹¹

Sublinhe-se que, na representação, o que é imputado ao representado não é a vontade, ou a declaração, mas o próprio ato do representante e é desse ato imputado que serão extraídas as necessárias consequências jurídicas.¹¹² Ou seja, é já na esfera jurídica do representado que se valoram os outros elementos como a vontade e a declaração.

Outra distinção relevante é entre a vinculação e a responsabilidade do representante. De facto, o ato praticado pelo representante por conta e em nome do representado não o vincula, vinculará sim o representado, mas isso não quer dizer que ele não seja responsável pelo ato praticado: a verdade é que o representante pode ser responsabilizado pelos desvios que tenha praticado na representação.

Assim, concluímos que, para efeitos de imputação à pessoa coletiva de ilícitos cometidos pelos seus representantes, este conceito de “representante” reconduz-se no essencial ao conceito de “representante” no Direito Civil.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 233.

¹¹¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, 2ª Edição, Almedina, 2007, pp. 558 e 559.

¹¹² JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Ob. Cit.*, p. 251.

Sobre esta problemática, importa ainda relembrar o já mencionado Acórdão do Tribunal Constitucional nº 395/2003¹¹³, onde se considerou que, por melhor se adequar à finalidade do sistema punitivo, o conceito de “representante da pessoa coletiva” deverá abranger os representantes “reais”, isto é, os representantes de facto, mesmo que não disponham de um título jurídico que os qualifique como tal.¹¹⁴ Sucede que, como também já referimos, esta interpretação não é unânime: FERNANDA PALMA, no seu voto de vencida, manifesta a sua discordância na inclusão de quaisquer pessoas que ajam em nome e no interesse da pessoa coletiva no conceito de seu “representante”, em virtude de esta abrangência ir para além da letra da lei, o que contenderá com o princípio da legalidade.

Como denota GERMANO MARQUES DA SILVA, as Actas da Comissão Revisora do Código Penal mostram que esta questão, de incluir ou não os representantes de facto no conceito de representante, não é estranha ao legislador: na discussão em torno do projeto que deu origem ao art. 12.º do CP, perante a questão levantada pelo Conselheiro José Osório sobre se a doutrina daquele art. 12.º valeria apenas para as hipóteses em que o ato jurídico do qual provêm poderes de representação é ineficaz, ou também seria aplicável aos casos de representação de facto sem um título que lhe confira poderes, a resposta parece ter sido no sentido de ser sempre necessária a existência de um título que confira poderes de representante.¹¹⁵

Assim, atendendo ao elemento histórico – demonstrado pelo sentido restritivo que o legislador pretendeu conferir ao art. 12.º do CP (que determina a punibilidade própria do própria atuação do representante) –, para GERMANO MARGUES DA SILVA “*seria ilógico*” que para a punibilidade da atuação do representante, a representação de facto fosse jurídico-penalmente irrelevante (teria de existir um título que conferisse poderes ao representante para o mesmo ser punido), mas, depois, para a responsabilização penal da

¹¹³ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 395/2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030395.html>.

¹¹⁴ No mesmo sentido, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Ob. Cit., p. 83, n.º 12): “*Como o é também [pessoa que ocupa uma posição de liderança para efeitos do art. 11.º, n.º 2, a., do CP] o representante de facto da pessoa colectiva que actue em nome e no interesse da pessoa colectiva, tendo em conta as fontes históricas do novo preceito, isto é, os textos internacionais já citados, que distinguem os poderes de representação legal (power of representation of the legal person) e os poderes de facto de representação (authority to take decisions on behalf of the legal person)*”.

¹¹⁵ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Ob. Cit., pp. 160 e 161

pessoa coletiva, a representação de facto fosse relevante e suscetível de gerar responsabilidade criminal desta.¹¹⁶

Tendemos a concordar com esta posição. De facto, parece-nos um precedente perigoso considerar que um qualquer representante de facto, que não tenha qualquer vínculo funcional com a pessoa coletiva, a possa responsabilizar penalmente.

2.2 Pessoas que ajam sob a autoridade das que ocupem uma posição de liderança na pessoa coletiva

Estas pessoas que agem sob autoridade dos dirigentes serão os colaboradores do ente coletivo, os trabalhadores que integram a empresa.

Este critério de imputação de responsabilidade penal às pessoas coletivas tem subjacente um entendimento segundo o qual os representantes da pessoa coletiva (superiores hierárquicos) têm um dever jurídico de vigilância próprio do garante, isto é, têm o dever de evitar a prática de crimes por parte dos colaboradores da empresa.¹¹⁷ Sobre o fundamento e a correção deste entendimento não nos cabe apreciar, mas pensamos que o pressuposto deste entendimento seja o de que estes deveres jurídicos de vigilância existem porque a empresa em si constitui um risco especial para a comunidade, suscetível de, através da sua atividade, lesar terceiros.¹¹⁸

Esta posição de garante tem uma dupla vertente: interna, em que o líder/administrador/representante deve evitar resultados lesivos para a própria empresa; e

¹¹⁶ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Ob. Cit., p. 243.

¹¹⁷ Esta constatação é também feita por TERESA QUINTELA DE BRITO (“Responsabilidade Criminal de Entes Coletivos: Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, Ob. Cit., p. 58): “a lei penal terá *prima facie* pretendido consagrar a culpa in vigilando de um dos seus líderes, como critério de imputação ao ente colectivo pelo facto penal cometido por um subalterno. Ou seja, a violação do dever funcional de controlar o(s) sector(es) de actividade envolvido(s) na prática do crime, por parte de um dos respectivos dirigentes, aumentando o risco de realização do facto, bastaria para o imputar à pessoa jurídica”.

No entanto, a Autora (*Ibidem*, p. 60) ressalva que a culpa in vigilando não deve ser confundida com “o domínio da realização do facto típico, domínio sem o qual inexistente a autoria”.

¹¹⁸ TERESA QUINTELA DE BRITO (*Ibidem*, p. 61) considera a interpretação do art. 11.º, n.º 2, b), do CP, segundo a qual este preceito legal consagra uma culpa in vigilando, uma “inequívoca forma de responsabilidade criminal objectiva da pessoa jurídica”, motivo pelo qual deverá ser evitada.

externa, em que o administrador/representante deve evitar resultados lesivos para as pessoas que não fazem parte da empresa, para a comunidade.¹¹⁹

TERESA QUINTELA DE BRITO, porém, afasta a consideração de que a pessoa coletiva realize o facto ilícito em comissão por omissão, uma vez que considera que a posição de garante da pessoa coletiva não advém de um dever formal de garante, mas antes de um poder-dever de garante, que “*permite apreender o significado socialmente danoso da actuação da pessoa jurídica e do seu dirigente*”: isto significa que, no âmbito do art. 11.º, n.º 2, b), do CP, a pessoa coletiva é considerada autora do crime cometido pelo subalterno, não porque omitiu o seu dever formal de garante (art. 10.º do CP), mas porque a execução daquele facto-típico foi conformada pelo domínio da organização exercido pelo dirigente.¹²⁰

Em todo o caso, embora o art. 11.º, n.º 2, b), do CP, pareça remeter para uma imputação, de forma quase automática, do crime cometido pelo subalterno à pessoa coletiva por se considerarem violados os deveres de vigilância que recaem sobre os seus

¹¹⁹ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, *Ob. Cit.*, p. 80.

Em sentido semelhante, TERESA QUINTELA DE BRITO (“Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 76) refere que o “*poder-dever da pessoa jurídica de se organizar e vigiar de forma a evitar a prática de factos puníveis, que foram cunhados pelo seu modo de organização, funcionamento e/ou actuação jurídico-económica (posição de garante do ente colectivo)*”.

Sem referir uma eventual posição de garante, GERMANO MARQUES DA SILVA (“Responsabilidade penal das pessoas colectivas: alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal – Estudos*, Revista do CEJ nº 8, 1º semestre de 2008, Almedina, p. 77) entende que existe uma “*incumbência da prática dos actos necessários à tutela dos bens jurídicos postos em perigo pela actividade da empresa*”.

¹²⁰ Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO (“Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, *Ob. Cit.*, pp. 211 e 212) refere que o domínio da organização que conforma a ação do subalterno pode ser feita de duas formas: o dirigente determinou os elementos essenciais da ação-típica, ordenando-a ou não exercendo os seus poderes de supervisão e controlo idóneos para evitar a comissão do facto; ou o dirigente, já na fase de execução, toma parte direta na ação, através da “*paralisação dos seus poderes funcionais*” ou através da informação detida.

Nas palavras da Autora, “*o domínio da organização tanto pode ser exercida por ação (criando a estrutura organizativa ou mobilizando-a para a prática da infracção através de ordens) como por omissão (não alterando a estrutura organizativa, nem os termos e modos de funcionamento já existentes, apesar de o poder de direcção lhe permitir fazê-lo). Por seu turno, a organização exerce uma influência condutora da acção sobre as pessoas nela integradas ou com ela colaborantes. Não tanto por afectar, diminuindo-a, a responsabilidade dos seus membros, mas por causa da regularidade dos processos, modos e termos de funcionamento aprendidos pelos colaboradores e rotineiramente aplicados, ou seja, perpetuados pela própria organização*”.

De facto, acrescenta a Autora (“Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 165), “*nas estruturas societárias, o momento omissivo revela-se «fundamental para o domínio positivo da acção do agente material» por parte do dirigente e para a ligação do facto cometido à pessoa colectiva. Dir-se-ia que o dirigente intervém no facto do subalterno, mesmo quando se limita a não intervir, contrariamente ao seu poder-dever*”.

dirigentes, seguimos o entendimento de TERESA QUINTELA DE BRITO segundo o qual o essencial é que a ação do subalterno revele o “*domínio da organização para a execução do facto, como critério de autoria do dirigente do sector em que o crime ocorreu*”, isto é, além de se constatar que o crime ocorreu em virtude do dirigente não ter exercido eficientemente os seus poderes de supervisão, importa aferir se o dirigente em causa seria, de facto, a pessoa com a autoridade suficiente, e necessária, para exercer o controlo da atividade.¹²¹ Assim, não sendo o subalterno (que agiu) o “*agente do facto de conexão determinante para a responsabilidade colectiva*”, mas sim o dirigente, não é necessária a identificação individualizada do mesmo, sendo, no entanto, essencial a identificação funcional do líder envolvido (não a sua identificação individual).¹²²

De facto, como nos explica a Autora, as pessoas coletivas só respondem penalmente “*se, além de terem modelado a organização para a execução do facto por intermédio de quem neles exercer autoridade sobre a actividade colectiva ou um dos seus sectores (artigo 11.º, n.º 2), efectivamente dominarem a organização para a não comissão do crime (n.º 6, interpretado a contrario sensu). E as pessoas jurídicas dominam a organização para a não comissão do crime se estiverem na sua disponibilidade efectiva as medidas organizativas, de gestão e fiscalização idóneas e necessárias para obstar à sua prática. Só então, sendo pessoalmente capazes de cumprir o dever jurídico-penal, podem ser censuradas pela sua violação*”.¹²³

Por outro lado, no âmbito de aplicação do referido art. 11.º, n.º 2, b), do CP, releva também que o crime cometido pelo trabalhador decorra de uma “*deficiência na estrutura de controlo colectivo*”¹²⁴ e não apenas da violação pontual e pessoal dos deveres de

¹²¹ Cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal”, *Ob. Cit.*, pp. 61 e 62: afirma-se o “domínio da organização para a execução do crime”, quando “*tendo a pessoa jurídica configurado decisivamente a execução típica e podendo-dever evitar o início e prossecução da acção típica, a realização típica tem de entender-se dominada ou socialmente levada a cabo pela própria colectividade*”.

¹²² TERESA QUINTELA DE BRITO, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, *Ob. Cit.*, p. 206.

¹²³ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, *Ob. Cit.*, p. 161. A Autora conclui afirmando que “*o domínio da organização para a execução do facto típico e o domínio da organização para a não comissão do crime (de que também dependo o primeiro, embora no plano (distinto) do ilícito-típico colectivo e não no da culpa colectiva) são os fundamentos materiais específicos da responsabilidade criminal de entes colectivos*”.

¹²⁴ Cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, *Ob. Cit.*, p. 62.

supervisão. No entanto, o que está em causa não é a violação de um dever geral de vigilância por parte dos órgãos do ente coletivo¹²⁵: esta alínea b), do n.º 2, do art. 11.º, do CP, refere-se a uma falha no controlo da atividade coletiva, e não a uma falha na formação da vontade coletiva; o que está em causa, nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, é “*a violação de um especial dever de vigilância ou controlo, por parte de quem exerce funções de autoridade em um segmento relativamente autónomo da actividade colectiva*”.¹²⁶

Em conclusão, enquanto na alínea a), do n.º 2, do art. 11.º, do CP, está em causa um domínio direto do facto, por ação ou omissão (porque quem atua é quem representa e conforma a vontade coletiva, estando na base da responsabilidade um facto individualmente típico do líder), na alínea b), do n.º 2, do art. 11.º, do CP, está em causa um domínio indireto do facto, por ação ou omissão, através do domínio da organização para a verificação do ilícito (não estando na base da responsabilidade um facto individualmente típico do líder).

2.3 Dificuldades deste critério formal

Este critério enfrenta dificuldades quando, em virtude da complexa organização hierárquica e divisão de tarefas, não é possível identificar a pessoa individual que praticou o facto (dificuldade que levou à criação do já referido modelo de responsabilidade direta, que prescinde da identificação da concreta pessoa individual que agiu para a imputação do facto ao ente coletivo).

Também o Conselho da Europa, pela Recomendação R (88) 18, identificou e pretendeu ultrapassar esta dificuldade tantas vezes sentida, prevendo que a pessoa coletiva deverá ser penalmente responsável pelos crimes cometidos no exercício da sua

Relativamente à invocada “*deficiência na estrutura de controlo colectivo*”, GERMANO MARQUES DA SILVA (“Responsabilidade penal das pessoas colectivas: alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro”, *Ob. Cit.*, p. 78) denota que esta alínea b) do n.º 2 do art. 11 parecer “*inspirar-se na ideia de culpa na organização da pessoa colectiva (...) embora sempre com referência a pessoas físicas que exerçam na empresa poderes de autoridade, mesmo não sendo seus órgãos ou representantes*”.

¹²⁵ Neste sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA (*Ibidem*, p. 77): “*trata-se de pessoas a quem a administração da pessoa colectiva delega funções de autoridade, conferindo-lhe poderes de domínio sobre a actividade ou sector de actividade da pessoa colectiva. Essas pessoas não são titulares de órgãos, não são também representantes, em sentido estrito*”.

¹²⁶ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, *Ob. Cit.*, p. 208.

atividade quer seja ou não possível identificar a pessoa individual que praticou a ação, ou omissão.¹²⁷

¹²⁷ Cfr. 1.ª pág. do Anexo da Recomendação do Conselho da Europa nº R (88) 18: “*The enterprise should be so liable, whether a natural person who committed the acts or omissions constituting the offence can be identified or not*”.

CAPÍTULO IV – A culpa da pessoa jurídica

Numa aceção material, a culpa traduz-se na manifestação, através da realização do facto-típico, de desvalor da norma infringida e do bem jurídico afetado para o agente.

A culpa traduz-se, pois, num juízo de reprovação ou censura e fundamenta-se em dois aspetos essenciais: por um lado, o valor social do comportamento imposto, que não é realizado; por outro lado, a voluntariedade na não adoção do comportamento imposto (vontade contrária ao Direito).

Nas palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA, a culpa “*pressupõe a consciência ética, isto é, a capacidade prática da pessoa dominar e dirigir os próprios impulsos psíquicos e de ser motivado por valores e a liberdade de agir em conformidade*”, motivo pelo qual, no âmbito da responsabilidade penal das pessoas coletivas, a culpa deve ser construída, não apenas a partir de uma perspetiva normativista (censurabilidade do facto típico à luz das conceções ético-sociais dominantes), mas recorrendo às noções de bom governo, cultura corporativa ética e responsabilidade social coletiva.¹²⁸

Importa referir que a aceitação da culpa do ente coletivo é algo, relativamente, recente e ainda contestada por muitos.¹²⁹ Tradicionalmente, uma das razões pelas quais não se aceitava a responsabilidade penal dos entes jurídico era, precisamente, a consideração de que as pessoas coletivas não eram suscetíveis de culpa: entendia-se que, estando o Direito Penal construído sobre o princípio da culpa, isto é, exige-se a existência deste elemento de natureza psicológica, e uma vez que a culpa só pode existir na pessoa singular, pois só o Homem, enquanto ser livre, dotado de inteligência e vontade própria, pode cometer infrações penais, não se poderia considerar um ente coletivo penalmente responsável.

Como nos explica GERMANO MARQUES DA SILVA, “*assentando a responsabilidade na culpa, os civilistas cedo consideraram que a noção de culpa não é aplicável às pessoas colectivas, quando tomada ao pé da letra, como culpa dessas próprias pessoas, visto lhes faltar a personalidade real ou natural, já se concebe que*

¹²⁸ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Penal Português – Parte Geral: Introdução e teoria da lei penal*, Ob. Cit., p. 81.

¹²⁹ No ordenamento jurídico alemão, por exemplo, continuam a existir diversos Autores a insurgirem-se contra a possibilidade de entes coletivos serem suscetíveis de culpa. Também ROBLES PLANAS afasta a consideração da culpa coletiva, entendendo que a pessoa coletiva sempre será um sujeito penalmente inimputável perante o sistema penal atual, baseado na culpa (cfr. *supra* nota 81).

*possa falar-se de culpa duma pessoa colectiva no sentido de culpa dos seus órgãos ou representantes, mas como a parte integra o todo, a culpa da parte seria culpa do todo e assim também a culpa dos órgãos ou representantes se convertia na culpa da pessoa colectiva (...) O direito penal manteve-se por mais tempo arreigado à culpa pessoal, do próprio agente, pessoa física, mas, quando a sanção revestia natureza patrimonial, cedo aceitou a responsabilidade civil solidária da sociedade com o agente do facto criminoso, o que, ainda que por caminho enviesados, era uma forma de responsabiliza a sociedade pelos actos dos seus órgãos ou representantes, mesmo no domínio penal, ainda que indiretamente”.*¹³⁰

No entanto, atualmente já se aceita a capacidade dos entes coletivos suportarem um juízo de censura ética. Como nos explica FIGUEIREDO DIAS, «*na acção como na culpa, tem-se em vista um “ser livre” como centro ético-social de imputação jurídico-penal e aquele é o homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, “obras de liberdade” ou realizações do ser livre*». Assim, não só é “ser livre” o homem individual, como as suas obras ou realizações coletivas: as pessoas coletivas e entidades equiparadas. Sendo expressões de liberdade, as pessoas coletivas poderão, então, ser centros ético-sociais de imputação – *modelo analógico*».¹³¹

No entanto, como sublinha FIGUEIREDO DIAS, seria um erro confundir um tal pensamento analógico com o recurso à “ficção”, que não está aqui em causa.

Existem algumas teses/modelos de construção/aferição da culpa da pessoa coletiva: **(i)** o Modelo de imputação, segundo o qual pode imputar-se à pessoa coletiva a ação e a culpa dos seus órgãos e representantes (reconhecido como legítimo pelo TC Alemão que considerou que este modelo não implica a responsabilidade por facto de outrem, uma vez que a construção da pessoa coletiva visa a criação de um centro autónomo de imputação)¹³²; **(ii)** o Modelo de culpabilidade da organização, baseado na

¹³⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Ob. Cit., pp. 160 e 161.

¹³¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS “Para uma dogmática do direito penal secundário”, Ob. Cit., p. 68.

Em sentido concordante, subscrevendo a narrativa de FIGUEIREDO DIAS quanto a esta questão, JOSÉ DE FARIA COSTA, “A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a alterabilidade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”, Ob. Cit., p.511.

¹³² Cfr. BverfGE 20, p. 335 e ss. *apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Ob. Cit. p. 299.

tese da “atitude criminal de grupo” e segundo o qual “*o grupo constitui contexto idóneo da realização de factos puníveis*”¹³³ – FIGUEIREDO DIAS contesta esta tese considerando “*duvidoso que por esta via se possa justificar uma imputação ao ente colectivo, uma vez que são os membros do grupo os portadores da referida atitude criminal*”¹³⁴; (iii) o Modelo de prevenção que aceita a aplicação de sanções criminais do tipo das medidas de segurança às pessoas coletivas¹³⁵; (iv) o Modelo da culpa analógica, o mais próximo do modelo analógico teorizado por FIGUEIREDO DIAS, que considera a categoria da culpa analogicamente aplicável aos entes coletivos¹³⁶; este modelo de culpa analógica deriva do já referido *pensamento analógico* defendido por FIGUEIREDO DIAS.¹³⁷

Mesmo a Doutrina que continua a não aceitar que a pessoa coletiva seja suscetível de culpa não exclui automaticamente a sua responsabilidade penal: fundamentam a manutenção da responsabilidade criminal na aplicação da sanção, no estado de necessidade (desde que se verifique uma verdadeira ameaça ao bem jurídico tutelado que não possa ser prevenida de outra forma) ou na perigosidade.

A lei portuguesa consagra a responsabilidade penal das pessoas coletivas e, como explica TERESA QUINTELA DE BRITO, trata-se de uma verdadeira responsabilidade criminal, cujas sanções “*são essencialmente cunhadas pela ideia de censura ético-social*

¹³³ Cfr. VOGEL, La Responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro, *Revista Penale* 8, 2001, p. 104, citando TIEDEMANN, *apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, Ob. Cit.*, p. 299.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 299.

¹³⁵ Defendido por SCHÜNEMANN, Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus deutscher und europäischer Sicht, in SCHÜNEMANN/SUAREZ GONZÁLEZ (orgs.), *in Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, p. 265 e ss., *apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Ibidem*, p. 299.

¹³⁶ HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 241 e ss., 256 e ss., 271 e ss., *apud* JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Ibidem*, p. 299.

¹³⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, *Ob. Cit.*, p. 68: “*Que se torna necessário usar aqui de um pensamento analógico, relativamente aos princípios de direito penal clássico – onde a máxima da responsabilidade individual deve continuar a valer sem limitações –, é evidente*”.

Em sentido concordante, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (*Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem, Ob. Cit.*, p. 81, nº 2): “*As pessoas colectivas e entidades equiparadas são fruto da vontade de homens e, nessa medida, podem constituir um objecto de censura ético-penal. Não se trata de uma responsabilidade por facto de outrem, mas antes de uma responsabilidade autónoma e distinta da responsabilidade dos concretos homens e mulheres que compõem a pessoa colectiva ou entidade autónoma, decorrendo essa autonomia precisamente da livre conjugação das vontades de mais do que uma pessoa. A categoria da culpa é, pois, aplicada por analogia às pessoas colectivas e entidades equiparadas*”.

de um facto passado, em ordem a assegurar a tutela efectiva do bem-jurídico violado”.¹³⁸

Portanto, não se afasta a exigência de culpa coletiva própria como pressuposto da punibilidade; aliás, aceitar-se a responsabilidade criminal das pessoas coletivas redonda na aceitação, ainda que implícita, que as mesmas são suscetíveis de culpa, já que a culpa é o pressuposto essencial da responsabilização penal.¹³⁹

De facto, considerando a aceção material de culpa *supra* referida (atitude desvaliosa do agente perante as normas de conduta e os bens jurídico-penais, demonstrada no facto-típico realizado), pensamos que a mesma pode ser aplicável às pessoas coletivas, porquanto (i) também as pessoas coletivas têm o dever de desenvolver a sua atividade segundo as exigências penais e (ii) o facto-típico realizado no âmbito da atividade da pessoa coletiva é suscetível de demonstrar uma posição/atitude de desvalor da própria pessoa coletiva ante as normas jurídico-penais, na medida em que, podendo organizar-se e funcionar em conformidade com as exigências jurídico-penais, a pessoa coletiva escolheu (dolosamente ou por negligência) não se organizar eficientemente.¹⁴⁰

Ainda assim, TERESA QUINTELA DE BRITO ressalva que a culpa da pessoa jurídica não se traduz na mera demonstração de uma atitude de desconformidade organizativa, sob pena de se conceber a culpa coletiva como uma “culpa pelo carácter”, ou culpa “pela condução da vida”, o que é rejeitado no plano da culpa da pessoa natural.¹⁴¹

Por este motivo, a culpa da pessoa coletiva deverá ter um conteúdo autónomo, “*que se oriente para a apreensão da censurabilidade da atitude pessoal manifestada pelo facto ilícito-típico*”¹⁴², mas que não se esgota nesse facto ilícito-típico: para a “apreensão da censurabilidade da atitude” da pessoa coletiva (a sua culpa), não se deve restringir a

¹³⁸ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11.º do Código Penal”, *Ob. Cit.*, p. 43.

¹³⁹ Ainda quanto à responsabilização da pessoa coletiva por facto e culpa próprios, TERESA QUINTELA DE BRITO (“Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 76) refere que “a exigência de realização do facto punível no interesse colectivo permite configurar a autoria (“organizativa” e/ou “cultural”) do facto típico por parte do ente”, permite que se considere a existência de uma verdadeira responsabilidade da pessoa jurídica por facto e culpa próprios.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO (“Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 78): “o posicionamento da pessoa jurídica perante o dever-ser jurídico-penal começa por revelar-se no modo de organização, funcionamento e/ou prossecução da respectiva finalidade, modo esse que se precipitou no facto ilícito-típico, cunhando-o e explicando-o intersubjectivamente”.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 78.

¹⁴² *Ibidem*, p. 78.

análise ao modo de organização e funcionamento da pessoa coletiva quanto ao concreto facto-típico realizado, até porque quanto ao mesmo, já se sabe que a organização da pessoa coletiva falhou; nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, o “*modo de organização, funcionamento e/ou de actuação jurídico-económica deve ser valorado naquilo que, documentado no facto e relevante para a censura ético-jurídica, se situa para além da respectiva repercussão na execução típica e na imputação objectiva e subjectiva do ilícito típico à pessoa jurídica*”.¹⁴³ Isto é, a forma como a pessoa coletiva se organiza e os desígnios sobre os quais conforma a sua atividade devem ser valorados para além do concreto facto realizado.

1. Construção da culpa da pessoa coletiva

No apuramento da culpa da pessoa coletiva releva (i) a sua cultura corporativa, e a influência desta sobre o comportamento dos seus membros e colaboradores, (ii) o eventual código ético, isto é a formalização dos valores corporativos e dos comportamentos com eles conformes, (iii) a aplicação e cumprimento desse código ético, através da formação dos funcionários, da criação de canais de denúncia e da previsão e imposição de sanções disciplinares por violação desse código de conduta e (iv) o modo como assume e exerce a sua responsabilidade social, na medida em que revela a sua posição perante as exigências jurídico-penais.¹⁴⁴

A consideração destes elementos, porém, densifica a culpa penal da pessoa coletiva em termos que a afastam da conceção normativa da culpa, enquanto censurabilidade face às conceções ético-sociais dominantes. De facto, estes elementos a valorar permitem identificar o quadro valorativo da pessoa jurídica, à luz do qual se ponderarão os motivos coletivos para a prática do facto típico.¹⁴⁵

Conforme entende MARIA FERNANDA PALMA, a ponderação do valor da atitude revelado no facto típico deve fazer-se considerando a fidelidade do agente ao Direito ou os valores pessoais reconhecidos pelo Direito e considerando “*o projecto existencial, a inserção cultural, o desenvolvimento pessoal e a oportunidade no acesso aos valores e*

¹⁴³ *Ibidem*, p. 79.

¹⁴⁴ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Ob. Cit.*, p. 68.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 69.

bens da vida”, isto é “*as razões que desculpam (...) dependem (...) sobretudo do seu significado no confronto com o sentido existencial do agente e com os seus limites e possibilidades*”.¹⁴⁶

Esta perspetiva da culpa penal é suscetível de ser aplicada à culpa penal das pessoas coletivas que, embora sejam incapazes de emoções, orientam a sua atuação segundo valores e motivos coletivos, os quais podem ser objeto de uma “ponderação ética”.

No âmbito da responsabilidade penal das pessoas coletivas também se poderá falar de uma desculpa fundada em razões de validade ética ou de oportunidade no acesso aos valores, que moldou a perceção/apreensão da realidade por parte da pessoa coletiva, ainda que através das pessoas singulares que a integram. Nas palavras de TERESA QUINTELA DE BRITO, esta interpretação da realidade foi influenciada “*pelo quadro valorativo-vivencial do ente ou pelo seu projecto pessoal de prossecução das respetivas finalidades colectivas ou institucionalizadas*”.¹⁴⁷

Para a construção da culpa penal da pessoa coletiva, deve atender-se ao dever que impende sobre a pessoa coletiva de desenvolver a sua atividade em conformidade com os desígnios penais e se a comissão do facto-típico se deveu a uma posição de contrariedade ou indiferença perante as normas de conduta penais (culpa dolosa), ou se se deveu a descuido (culpa negligente).¹⁴⁸

2. Teoria construtivista da culpabilidade empresarial

Partindo da teoria dos sistemas empresariais autopoieticos, defendida por GÓMEZ-JARA DÍEZ¹⁴⁹, surge a Teoria construtivista da culpabilidade empresarial, no âmbito da qual a culpa da pessoa coletiva se constrói a partir de um conceito construtivista de culpa:

¹⁴⁶ MARIA FERNANDA PALMA, *O princípio da desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 230 a 233.

¹⁴⁷ TERESA QUINTELA DE BRITO, “*Compliance*, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, Ob. Cit., p. 71.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 83.

¹⁴⁹ CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas” in *Revista Eletrónica de Ciência Penal y Criminologia*, ISSN 1695-0194, RECPC 08-05 (2006). Disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>.

o conceito de culpabilidade da pessoa coletiva não é idêntico ao conceito de culpabilidade da pessoa singular mas é funcionalmente equivalente.¹⁵⁰

O conceito construtivista da culpabilidade da pessoa coletiva assenta em três princípios: **(i)** a fidelidade ao Direito como condição da vigência da norma; **(ii)** o sinalagma básico do Direito Penal; e **(iii)** a capacidade de questionar a vigência da norma.¹⁵¹

O primeiro fundamento deste conceito construtivista da culpabilidade empresarial refere-se ao facto de a vigência das normas depender da existência (permanente) de uma cultura empresarial de respeito pelo Direito. Deste modo, da obrigação nuclear de qualquer pessoa jurídico-penal ser fiel ao Direito, deriva a obrigação de criar e manter uma cultura empresarial de cumprimento, o que, por sua vez, faz “nascer” o “cidadão corporativo fiel ao Direito”.¹⁵² Inexistindo uma cultura empresarial de respeito pelo Direito, verifica-se uma falha no papel de “cidadão corporativo fiel ao Direito”, o que constitui uma manifestação da culpabilidade jurídico-penal empresarial.

O segundo fundamento assenta no sinalagma fundamental do Direito penal: liberdade de auto-organização empresarial gera responsabilidade pelas consequências advenientes da desorganização.

O terceiro fundamento, que resulta da consideração da empresa como um verdadeiro “cidadão”, prende-se com a possibilidade de a pessoa coletiva intervir/participar no discurso público. Ainda que esta possibilidade da empresa em participar nos assuntos públicos seja uma questão controvertida na doutrina, GÓMEZ-JARA DÍEZ entende que a mesma parte da liberdade de expressão reconhecida às pessoas jurídicas, aos seu conteúdo e significado, especificamente: embora a pessoa coletiva não possa, por exemplo votar, para o Autor é inquestionável que a pessoa jurídica pode participar no debate público e na criação e definição das normas.¹⁵³

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 16 e 17.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁵² *Ibidem*, p. 18.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 19 e 20.

3. Tomada de posição

Parece-nos que a culpa da pessoa coletiva assenta nos mesmos fundamentos axiológicos da culpa da pessoa singular, apenas se distinguindo pelo modo de apreensão/afirmação.

À semelhança do que sucede com as pessoas naturais, na construção da culpa penal das pessoas jurídicas deve, em primeiro lugar, considerar-se que sobre estas impende o dever geral de existência em conformidade com os desígnios penais (e não só). Verificando-se a prática de um facto-ilícito no âmbito da sua organização, a culpa do ente jurídico afirmar-se-á (ou não) na medida em que esse ilícito revele, ou não, uma atitude de desvalor/contrariedade perante o Direito.

Relativamente à forma de apreensão dessa atitude desvaliosa serão considerados diversos fatores, sendo, sem dúvida, um deles a eficiência da sua organização (na medida em que a pessoa coletiva tem ao seu dispor diversos mecanismos de controlo – não nos referimos aqui em específico a programas de *Compliance*, mas a quaisquer formas de organização – e, ainda assim, com intenção ou por desleixo, não se organizou de forma a evitar a sua instrumentalização para a prática de crimes), mas também releva a sua cultura ética, analisada para além do concreto ilícito verificado, isto é, antes e após o facto-típico, quais os valores éticos enraizados na atividade, órgãos, representantes e colaboradores do ente jurídico.

CAPÍTULO V – *Compliance* e responsabilidade penal da pessoa coletiva

Considerando o exposto nos capítulos anteriores, importa agora perceber qual a relação entre os mecanismos de *Compliance* e a responsabilidade penal da pessoa coletiva, partindo, essencialmente, do facto concreto pelo qual esta responde e do modelo de construção da culpa da mesma.

Podemos desde já, em jeito de conclusão, admitir que a existência de programas de *Compliance*, desde que eficazmente implementados e interiorizados, transparece uma cultura corporativa ética, uma preocupação daquela pessoa coletiva em cumprir o Direito.

Esta constatação tem mais ou menos relevância consoante o modelo de imputação que se considere aplicável: para quem entende que a pessoa coletiva responde pelo crime cometido pela pessoa singular, a cultura corporativa ética demonstrada pela adoção de mecanismos de *Compliance* não afeta a tipicidade da conduta, podendo, contudo, relevar na demonstração da culpa da pessoa coletiva; para quem entende que a pessoa coletiva responde por um crime próprio, que se reconduz a um defeito na sua organização que possibilitou ou potenciou a ocorrência do crime cometido pela pessoa singular, a adoção de mecanismos de *Compliance* pode mesmo obstar à verificação de um crime coletivo (restando a responsabilidade penal da pessoa singular que agiu).

1. Efeitos jurídicos dos programas de *Compliance*

Quanto à relevância destes mecanismos de conformidade, quer se entenda que eles desresponsabilizam, quer se entenda que eles atuam sobre a culpa, despenalizando, não existem dúvidas que os mesmos assumem um elemento relevante na aferição da responsabilidade penal das pessoas coletivas.

1.1 Efeitos sobre a tipicidade

Existem autores para quem a existência de mecanismos de *Compliance* afasta a própria responsabilidade, na medida em que o crime que irrompe da organização de uma pessoa coletiva que adote estes mecanismos não é considerado um crime desta, mas sim da pessoa singular que agiu. Este entendimento decorre (i) do entendimento de que a responsabilidade penal dos entes jurídicos visa incentivar os mesmos a adotarem medidas

internas de conformidade (v. *supra* Cap. I, n.º 6) e/ou (ii) da configuração do crime coletivo como um crime de “defeito de organização”, isto é, o crime pelo qual a pessoa coletiva responde é pela sua organização insuficiente e não pelo ilícito verificado (v. *supra* Cap. II, n.º 1.2). Nessa medida, um ente jurídico que adote os referidos mecanismos de conformidade, organizou-se eficientemente, logo, não cometeu qualquer crime (ainda que se constate a prática de uma ação-típica no âmbito da sua organização) e cumpriu os verdadeiros e derradeiros desígnios da responsabilidade penal dos entes coletivos.

De facto, conforme se referiu *supra*, para os autores que defendem que a adoção de mecanismos de *Compliance* é a finalidade última da responsabilização penal das pessoas coletiva (ou seja, o objetivo não é que as empresas cumpram especificamente as normas de Direito Penal, mas sim que disponham de mecanismos internos de gestão e fiscalização que lhes permitam cumprir todas as normas legais aplicáveis), quando se verifique a implementação destes programas de prevenção e gestão, não existe fundamento para a responsabilização penal, na medida em que os entes jurídicos cumpriram o derradeiro objetivo.

Por outro lado, também para quem defende um modelo de imputação direta, ou o modelo combinado preconizado por TIEDEMANN, no âmbito dos quais a violação dos deveres organizativos e de vigilância são o fundamento da responsabilidade penal da pessoa coletiva, os programas de *Compliance* adquirem também uma importância fundamental, uma vez que asseguram o cumprimento desses deveres de organização e vigilância, obstando à verificação da responsabilidade penal do ente coletivo: a existência de mecanismos de *Compliance* obsta à afirmação de um defeito na organização, logo obsta à verificação do crime pelo qual o ente jurídico poderia responder.¹⁵⁴

Importa referir que estas duas vertentes (autorregulação como finalidade da responsabilidade penal da pessoa coletiva e configuração do crime coletivo com um crime por “defeito na organização”) parecem-nos coincidentes: quem defende uma, defenderá a outra. Na verdade, quem entende que a autorregulação é o verdadeiro fim da responsabilidade penal dos entes coletivo, entenderá que o crime pelo qual respondem é o de não se organizarem eficientemente, porque se o objetivo é a autorregulação, só se

¹⁵⁴ Neste sentido, ULRICH SIEBER, “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, 2013, Tirant la Blanch, p. 88.

poderá punir a falta de autorregulação. Por outro lado, quem entende que o crime pelo qual as pessoas jurídicas respondem é a insuficiência da sua organização, parte do pressuposto que o fator preponderante da sua responsabilidade penal é a forma como estas funcionam e se organizam, pelo que, conseqüentemente, está subjacente a ideia de que o objetivo desta responsabilidade penal é incentivá-las a uma eficiente organização.

Perante o que vem sendo dito, coloca-se a seguinte questão: quem causa o quê? É a responsabilidade penal da pessoa coletiva que faz surgir a necessidade de adoção de programas de gestão e prevenção? Ou, é a necessidade das pessoas coletivas se autorregularem e funcionarem em harmonia com o Direito que fez com que se consagrasse a responsabilidade penal da pessoa coletiva? De outro modo: é a autorregulação que contribui para uma eficácia do regime jurídico da responsabilidade penal das pessoas coletivas? Ou será a responsabilidade penal das pessoas coletivas que constitui uma estratégia estatal de promoção da autorregulação empresarial e da adoção de programas de *Compliance*?

NIETO MARTÍN entende que o sistema de responsabilidade penal das pessoas coletivas é uma estratégia de prevenção de crimes: o ato criminoso continua a ser exclusivo das pessoas físicas. No entanto, por força das políticas criminais e da crescente criminalidade corporativa (e globalizada), tornou-se necessário criar um sistema “paralelo” de prevenção de crimes, cujo objetivo seria evitar que as pessoas coletivas favorecessem ou potenciasssem a prática de crimes no âmbito das suas organizações por não se organizarem eficientemente. Assim, o objeto e fundamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas seria a não adoção de mecanismos de prevenção e gestão eficientes.¹⁵⁵

Portanto, entendendo-se que a prática de crimes é exclusiva das pessoas singulares, a relevância das pessoas coletivas no sistema penal residiria na suscetibilidade de as mesmas poderem ser instrumentalizadas pelas pessoas singulares para a prática de crimes, o que só poderia acontecer se as pessoas coletivas não funcionassem segundo uma política de conformidade/legalidade. Nesse sentido, a responsabilização penal das pessoas coletivas tornar-se-ia num “meio” para atingir um “fim”: responsabilizar-se-iam

¹⁵⁵ Cfr. ADÁN NIETO MARTÍN, “*Regulatory Capitalism* cumplimiento normativo”, *Ob. Cit.*, pp. 12 e 13. No mesmo sentido, HEINE, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit*, pp. 290 e ss. e 297 *apud* IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. cit.*, p. 65.

as pessoas coletivas por, através da sua deficiente organização, terem permitido ou favorecido a prática de crimes pelas pessoas singulares que as integram, e não por terem as próprias pessoas coletivas cometido algum crime (porque isso, neste entendimento, não seria possível), com o objetivo de, mediante a suscetibilidade de serem penalmente responsabilizadas, “incentivar” as pessoas coletivas a adotarem medidas eficazes para prevenir a eventual prática de crimes, o que, em última análise, iria obstar, ou pelo menos dificultar, a prática de mais crimes por pessoas singulares. Assim, o objetivo será que as empresas se autorregulem de modo a não se tornarem mais um instrumento de criminalidade

Será assim?

COCA VILA discorda.¹⁵⁶ Para este Autor há que distinguir entre autorregulação, regulada pelo Estado, e *Compliance*. A autorregulação é uma preocupação pública, por assim dizer, surge da incapacidade (técnica, financeira, etc.) do Estado em regular o mundo empresarial, delegando assim nas empresas a função de se autorregularem, tem subjacente um carácter público, de proteção da comunidade face aos riscos que a atividade empresarial pode acarretar para os interesses públicos: é, portanto uma regulação pública. O *Compliance*, por sua vez, deriva de uma preocupação privada, da própria empresa, que tem todo o interesse em se organizar em conformidade com o Direito, prevenindo assim a prática de crimes que poderão acarretar sanções tão graves como a própria dissolução.

Para o referido Autor, o Direito Penal, ainda que, naturalmente, vise a proteção dos interesses públicos, quando confere relevância à existência de programas de *Compliance* não pretende “forçar” a autorregulação através da “ameaça” de que se as empresas não adotarem esses mecanismos de prevenção serão responsabilizadas, pretende tão-somente que estas interiorizem a absoluta necessidade de, no âmbito da sua atividade, existir sempre a preocupação de cumprimento do Direito e de se organizarem de modo responsável. Não se pretende com a responsabilidade penal das pessoas coletivas impor uma obrigação categórica às empresas de adotarem mecanismos de *Compliance* sob pena de serem responsabilizadas por não o fazerem, pretende-se sim que, no próprio

¹⁵⁶ IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. Cit.*, pp. 70 a 71.

interesse da pessoa coletiva, esta opere em conformidade com a lei e que se organize para que esse cumprimento seja, de facto, possível.

Quando se afirma que os mecanismos de *Compliance* constituem instrumentos de minimização dos riscos jurídico-criminais e que o objetivo é avaliar esses riscos e, em seguida, estabelecer medidas de controlo dos mesmos, presume-se que a empresa não possui poder configurador legal. É simplesmente recomendado que a pessoa coletiva capte a mensagem pública (na forma de riscos juridicamente relevantes) para interpretar o que pode e não pode acontecer dentro da sua estrutura empresarial e transmiti-lo o mais claramente possível aos seus membros. Por este motivo, a adoção de mecanismos de *Compliance* podem afastar a culpa, e não a própria responsabilidade.¹⁵⁷

Para ROBLES PLANNAS os programas de *Compliance* obedecem à vontade do legislador de envolver as empresas na minimização dos riscos jurídico-criminais, tornando a sua implementação, à partida, um mecanismo ideal para evitar o crime. Deste modo, não constituindo uma obrigação legalmente imposta às pessoas coletivas, a não adoção de programas de *Compliance* não acarreta uma sanção penal (isto é, por si só, não gera responsabilidade penal do ente jurídico), não obstante a adoção destes mecanismos de prevenção de gestão beneficiar tacitamente a pessoa coletiva na medida em que reduz o risco de ocorrência de ilícitos. Em todo o caso, sancionar-se penalmente a pessoa coletiva pela não adoção de programas de *Compliance* consistiria em “administrativizar” o Direito Penal.¹⁵⁸

Em sentido semelhante, TERESA QUINTELA DE BRITO entende que a implementação de mecanismos de *Compliance* não constitui um dever, uma imposição

¹⁵⁷ Neste sentido, também PAULO CÉSAR BUSATO (“O que não se diz sobre *Compliance* em Direito Penal”, *Ob. Cit.*, pp. 54, 57 a 59), para quem o *Compliance* “*não pode ser suficiente para o afastamento da responsabilidade penal porque eximiria precisamente os responsáveis pelo fatos mais graves*”. O Autor considera que a adoção da autorregulação, em detrimento da heterorregulação, resulta numa “*esquiva preliminar da responsabilidade penal*” ou, quando a autorregulação é realizada com seriedade, resulta numa “*burla do controle judicial e abuso de poder*”, uma “*privatização do processo penal*”. Conclui o Autor que se às pessoas singulares não é possibilitada a autorregulação, também não o deverá ser às pessoas coletivas, por ser, precisamente, da atividade destas que resultam os maiores riscos e danos para o desenvolvimento social.

¹⁵⁸ ROBLES PLANNAS, «El “*hecho propio*” de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *Ob. Cit.*, pp. 9 a 11. No mesmo sentido, IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. cit.*, pp. 70 a 71.

categorica, mas antes incumbência da pessoa coletiva.¹⁵⁹ Quanto à exigibilidade de adoção de programas de *Compliance*, vale como regra o princípio “cumpre ou explica”: a decisão de seguir ou não os códigos de conduta cabe à pessoa coletiva, mas quando não o façam é-lhes exigido que expliquem as respetivas razões aos acionistas, investidores e mercados para que estes avaliem tais razões.¹⁶⁰

Assim, em conclusão, para quem entenda que a responsabilização penal da pessoa coletiva consiste numa estratégia para incentivá-las (veementemente) a adotarem medidas de prevenção e gestão, ou para quem entenda que o crime pelo qual o ente jurídico responde é pela insuficiência de medidas de controlo e gestão, a existência de programas de *Compliance* eficazmente implementados obsta à verificação de um crime coletivo, isto é, afasta a tipicidade do crime cometido pela pessoa singular, que será a única responsável pela prática do mesmo.

Por outro lado, para quem considere que o fundamento da responsabilidade penal dos entes jurídicos é o concreto crime que irrompe da sua atividade, a existência de mecanismos de *Compliance*, ainda que se mostrem eficazmente implementados, não obsta à verificação de um crime coletivo, pelo qual a própria pessoa coletiva responde penalmente, podendo, ainda assim, ter efeitos na aferição da culpa do ente coletivo.

Seja qual for o modelo de imputação que se defenda e seja qual for a finalidade que se entenda ter a responsabilidade penal dos entes jurídicos, existem incentivos/vantagens na adoção de programas de *Compliance*.

1.2 Efeitos na culpa

Analisando os efeitos da existência de programas de *Compliance* na afirmação/determinação da culpa da pessoa coletiva, podemos começar pela seguinte

¹⁵⁹ Cfr. TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Ob. Cit.*, p. 63.

No mesmo sentido, IVÁN NAVAS MONDACA, “Los Códigos de Conducta y el Derecho Penal Económico” in SILVA SÁNCHEZ (Dir.) *Criminalidad de Empresa Y Compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, p. 121.

¹⁶⁰ Neste sentido, TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Ob. Cit.*, pp. 63 e 64; e ENRIQUE BACIGALUPO, *Compliance y Derecho Penal*, Arazandi, *Ob. Cit.*, p. 107 e 109 – no entanto, este Autor considera que um dos pressupostos da responsabilidade penal das pessoas coletivas deverá ser a desorganização corporativa porque as empresas devem assumir privadamente uma gestão preventiva, baseada em códigos de conduta.

constatação: no seguimento do número anterior, para quem entende que a existência destes mecanismos de conformidade obsta à própria tipicidade, considera também, naturalmente, que a sua existência afasta a culpa do ente jurídico.¹⁶¹

De facto, na medida em que a obrigação da pessoa coletiva é adotar medidas de prevenção, quanto tal aconteça, não existe censurabilidade na sua conduta.

Consistindo a culpa da pessoa coletiva na sua deslealdade ao Direito, manifestada através de uma cultura corporativa de incumprimento que explicaria o defeito na organização, a adoção de programas de *Compliance* constitui um indício decisivo da existência de uma cultura empresarial de legalidade, obstando, assim, à afirmação da culpa da pessoa coletiva.

Isto significaria, então, que a determinação da culpa assentaria na existência/inexistência de medidas internas de gestão e prevenção e não nas suas realizações enquanto pessoa jurídica, o que seria um desvio à aferição da culpa enquanto reprovação pessoal (coletiva) pelo que se realizou em termos de prática criminosa. Nas palavras de PAULO CÉSAR BUSATO, “*tratar-se-ia de afirmar que uma empresa que não se*

¹⁶¹ Neste sentido, MANUEL GOMÉZ TOMILLO (*Compliance Penal y Política Legislativa: El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Ob. Cit., pp. 31 e 90), considerando que a ausência de um defeito na organização da pessoa coletiva exclui a existência de infração, defende também que a adoção de programas de *compliance*, sérios, eficazes e corretamente implementados, exclui, naturalmente, a culpa da pessoa coletiva e, consequentemente, a possibilidade de punição; nas palavras do Autor “*não teria sentido preventivo que, se um sujeito esgotou todos os meios à sua disposição para impedir a prática de um ato criminoso, ele é sancionado por esse fato, seria uma inaceitável e inconstitucional suposição de responsabilidade objetiva*”.

Também DENNIS BOCK (“*Compliance y deberes de vigilancia en la empresa*”, Ob. Cit., pp. 109 e 110), entendendo que sobre a direção de uma qualquer pessoa coletiva recaem deveres de supervisão e, por isso, a norma de responsabilização das pessoas coletivas está configurada no sentido de sancionar um delito de omissão próprio – que é a omissão dos seus deveres jurídicos de supervisão (supervisão juridicamente estabelecida como o conjunto de todas as medidas possíveis, necessárias e exigíveis para minimizar a probabilidade de que um elemento da organização empresarial cometa um crime) –, considera que a existência de programas de *compliance* eficazmente implementados demonstra que a pessoa coletiva (*maxime* a sua direção) adotou todas as medidas possíveis, necessárias e exigíveis para evitar a prática de crimes, pelo que, conclusivamente, não omitiu os seus deveres de supervisão (fundamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas), não sendo, por isso, penalmente responsabilizada.

Ainda assim, o Autor reconhece que apesar de se poder considerar a existência de deveres jurídicos de supervisão, atualmente, não resulta da lei nenhuma configuração especial de medidas de prevenção, o que conduz à liberdade na realização da gestão empresarial, motivo pelo qual não existe um dever legal de adoção de programas de *compliance*. De *iure condendo*, o Autor entende que o legislador deve densificar as exigências legais de supervisão, delimitando, com a maior precisão possível, os comportamentos exigidos, ou despenalizar a omissão do dever de supervisão.

organiza segundo um sistema de cumprimento nega a sua condição de realização social adequada sistematicamente”.¹⁶²

Também COCA VILA discorda desta configuração da culpa coletiva, na medida em que, como já se referiu, considera que a adoção destes programas de *Compliance* é recomendada, e não obrigatória ou imposta. No entanto, o Autor admite que a adoção de mecanismos de *Compliance* pode afastar a culpa em determinadas situações (mas nunca afastará a própria responsabilidade penal).¹⁶³

Na verdade, no entendimento segundo o qual a pessoa coletiva é penalmente responsabilizada pelo concreto ato-típico que se verifica no âmbito da sua organização, e não por uma insuficiência na sua organização, a existência de programas de *Compliance* eficazes, apesar de não obstar à tipicidade, releva na aferição da culpa.

Na medida em que a culpa, tanto da pessoa coletiva, como da pessoa singular, se traduz numa manifestação do agente, através da realização do facto-típico, de desvalor da norma infringida e do bem jurídico afetado, concordamos que a existência de programas de *Compliance* é relevante para esse juízo de censura. De facto, uma pessoa coletiva que implemente na sua organização estes mecanismos de gestão e prevenção (interiorizados por todas as pessoas singulares que a integram, eficazmente implementados e que traduzam uma cultura corporativa de conformidade), demonstra uma preocupação no cumprimento das disposições legais aplicáveis, que é o oposto à manifestação de desvalor que caracteriza o juízo da culpa.

Desse modo, compreende-se que os programas de *Compliance*, mesmo para quem não configure o crime coletivo como um “defeito de organização”, sejam bastante relevantes na responsabilidade penal do ente coletivo por via da demonstração de uma cultura corporativa de preocupação e conformidade.

No entanto, convém esclarecer que a ausência de medidas internas de conformidade não implica a afirmação automática da culpa do ente jurídico. Do mesmo modo, a existência de programas de *Compliance* implementados não implica

¹⁶² PAULO CÉSAR BUSATO, “O que não se diz sobre *Compliance* em Direito Penal”, *Ob. Cit.*, pp. 69 e 70.

¹⁶³ IVÓ COCA VILA, “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, *Ob. Cit.*, pp. 70 a 71.

automaticamente a exclusão da culpa.¹⁶⁴ De facto, uma pessoa jurídica pode estar perfeitamente organizada e funcionar em conformidade com as normas jurídico-penais sem que para isso tenha implementado qualquer programa de *Compliance*; assim como poderão existir empresas nas quais existem programas de *Compliance* implementados, mas que não espelham a sua cultura empresarial, não estando devidamente interiorizados por todos os seus integrantes singulares, nem conformam devidamente a sua atividade.¹⁶⁵

Assim, independentemente da configuração de crime coletivo que se entenda preferível, parece-nos inegável que qualquer pessoa coletiva deve estabelecer, implementar e manter procedimentos eficazes para a gestão de risco, para identificar, gerenciar e monitorizar a sua atividade e os seus trabalhadores, o que não implica, necessariamente, a adoção de mecanismos de *Compliance*. No entanto, também nos parece inegável que a adoção destes instrumentos de conformidade é (quando eficientemente implementados e interiorizados) uma demonstração dos esforços no cumprimento legal e da seriedade com que o ente jurídico desenvolve a sua atividade, o que, sem dúvida, releva em sede de determinação de culpa.

Importa, em todo o caso, sublinhar que no âmbito da culpa o que releva não é tanto a mera existência de programas de *Compliance*, mas o significado dessa existência: apenas releva a existência de programas de *Compliance* na medida em que este sejam a “consequência” ou a exteriorização de uma cultura de conformidade transversalmente interiorizada na organização.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Neste sentido, SILVA SÁNCHEZ (“Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, *Ob. Cit.*, pp. 102 e 103) entende ser possível que se exerça o devido controlo sobre as empresas (atividade e colaboradores) sem que exista formalmente um programa de *compliance*, embora isso seja difícil quando as dimensões das empresas tornam os programas de cumprimento imprescindíveis, em virtude das necessidades de sistematização e procedimentalização.

¹⁶⁵ Neste sentido PABLO GONZÁLEZ SIERRA (La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 381 e 382, *apud* TERESA QUINTELA DE BRITO, “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 82.) e TERESA QUINTELA DE BRITO, “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 80)

¹⁶⁶ Neste sentido RUI PATRÍCIO E FILIPA MARQUES JÚNIOR, “Compliance, what?”, in *Revista Exame*, Janeiro de 2012, p. 24: “devendo o compliance, acima de tudo, e para dar realmente frutos, corresponder a uma cultura transversalmente instalada na organização”. Disponível em https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Comunicacao/Imprensa/2012/Compliance_what.pdf.

Também TERESA QUINTELA DE BRITO (em “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 81) afirma que a mera existência de programas de *compliance* não releva por si só, o que releva é o significado desses programas, enquanto “disposição pessoal de fidelidade ao Direito” ou “compromisso sério da pessoa colectiva, ao

2. O Código Penal português

O art. 11.º do CP não faz nenhuma referência expressa à relevância da existência de programas de *Compliance*.

Ainda assim, parece haver uma referência indireta aos mesmos quando se prevê a responsabilidade penal da pessoa coletiva por crimes cometidos “*Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem*” (sublinhado nosso).¹⁶⁷

Por um lado, a adoção de mecanismos de *Compliance*, eficazmente implementados e realmente interiorizados pela composição da pessoa coletiva, pode levar à inexistência de ilícito-típico coletivo: se a organização coletiva cumpre realmente as diretrizes dos programas de *Compliance* e se a política empresarial é de total conformidade com o Direito, um ilícito que irrompa do funcionamento da pessoa coletiva ficar-se-á a dever a uma atuação contrária a ordens e instruções genéricas (art. 11.º, n.º 6, do CP).

Por outro lado, ainda que se possa considerar a existência de uma referência implícita a eventuais programas de vigilância e prevenção, o art. 11.º do CP não lhes confere natureza desresponsabilizante. Apesar de, como já se referiu, o art. 11.º, n.º 6, do CP, poder afastar a responsabilidade penal da pessoa coletiva quando o ilícito-típico tenha sido realizado contra ordens expressas de quem de direito, a existência de mecanismos de *Compliance* não determina a afirmação de que o ilícito cometido se deveu a uma atuação contrária a ordens e instruções.

nível do top management, com o cumprimento da ordem jurídica”, ou demonstração/exteriorização de “um sentido de cumprimento do Direito que rejeita e reprova a comissão do delito”.

No mesmo sentido, PABLO GONZÁLEZ SIERRA, La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 382, *apud* TERESA QUINTELA DE BRITO, “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 82.

¹⁶⁷ Neste sentido PEDRO DURO, “Penal, Contra-ordenações e Compliance: Novos rumos para o compliance – o efeito espanhol”, *Ob. Cit.*, p. 3: “Essencial para aferir a responsabilidade penal das pessoas colectivas, por actos praticados por quem não exerça posições de liderança, é a densificação, caso a caso, do que seja a «vinculação dos deveres de vigilância e controlo que [...] incumbem» às pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança. É aqui que as políticas de compliance se revelam fundamentais, uma vez que permitem: (i) Enunciar os deveres de vigilância; (ii) Estabelece mecanismos internos demonstrativos do cumprimento desses deveres; (iii) Clarificar o posicionamento institucional da empresa e o papel de cada elemento na cadeia hierárquica; (iv) Estratificar responsabilidades, de acordo com a dimensão das empresas, tendo em conta, por um lado, que ninguém pode controlar tudo ao mesmo tempo, mas também, por outro, que tal não pode servir de desculpa para que ninguém controle o que deve se controlado”.

Importa sublinhar que as ordens e instruções desrespeitadas têm de ser claras, expressas e inequívocas. TERESA QUINTELA DE BRITO afirma que o carácter expresso da ordem a que se refere o n.º 6 do art. 11.º do CP não depende da emissão explícita de uma ordem contrária ao facto-típico realizado, nem da existência de programas de *Compliance*: o aspeto preponderante do n.º 6 do art. 11.º é a “clareza, efectividade e eficácia das ordens ou instruções em contrário, ante o concreto modo de organização, funcionamento e actuação jurídico-económica (e até ético-jurídica) da pessoa jurídica”.¹⁶⁸

De facto, quanto ao carácter expresso das ordens ou instruções contra as quais o facto-típico é realizado pelo agente singular, tendemos a concordar que as mesmas não têm de estar contidas num programa de *Compliance* para serem claras, determinadas e amplamente conhecidas.¹⁶⁹ No entanto, concordamos que a existência de um programa de *Compliance*, eficientemente implementado, que contenha essas ordens e instruções, facilita a prova da sua existência e do seu carácter expresso.

Em todo o caso, não basta a demonstração da existência de instruções que foram inobservadas pelos agentes do crime, é necessário demonstrar que essas instruções espelham a cultura corporativa, são diretas e expressas.¹⁷⁰

¹⁶⁸ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Ob. Cit.*, p. 89; e “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, *Ob. Cit.*, p. 83.

Neste sentido, também, o Acórdão do TRP, de 10.01.2001, processo nº 0040383, (Relator: Pinto Monteiro), no qual se decidiu que, para excluir a responsabilidade penal das pessoas coletivas, não basta a prova de que esta transmitiu instruções aos seus funcionários que, se seguidas, obstarão à prática do facto-típico, é necessário demonstrar que essas instruções foram expressas, diretas, concretas e determinadas por ela: “Para que as pessoas colectivas beneficiem da exclusão da responsabilidade criminal ou contra-ordenacional, prevista no n.2 do artigo 3 do Decreto-Lei n.28/84, de 20 de Janeiro, não basta a prova de que transmitiu aos seus empregados instruções no sentido de procederem com o máximo cuidado quanto ao estado dos produtos, já que o que há que provar é que os mesmos actuaram contra ordens ou instruções expressas, directas, concretas, determinadas por ela”.

¹⁶⁹ Em sentido semelhante, GERMANO MARQUES DA SILVA (“Responsabilidade penal das pessoas colectivas: alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro”, *Ob. Cit.*, p. 85) entende que “não importa a forma [da ordem ou instrução], mas é necessário que o agente conheça as ordens ou instruções dadas por quem de direito e que elas sejam concretas, que representem um comando e não uma mera sugestão ou recomendação e que esse comando seja perfeitamente perceptível pelo destinatário”.

¹⁷⁰ Neste sentido, o Acórdão do TRP de 27.06.2012, processo nº 7402/11.5TBMAI.P1 (Relatora: Élia São Pedro), no qual se decidiu que o facto ilícito verificado só é imputável à pessoa coletiva «se o “funcionário” da pessoa colectiva tivesse agido de acordo com instruções da sua entidade patronal, ou, pelo menos, num quadro de acção previamente traçado e delineado pelos órgãos sociais. Só assim o agente poderia ser definido como um instrumento dos órgãos sociais e, nesses termos, a sua acção (modo de agir) seria ainda imputável aos órgãos da pessoa colectiva que definiam esse modo de agir», concluindo que “se o funcionário agir espontaneamente, sem estar a obedecer a ordens genéricas, ou num quadro de acção

Concluindo: para o CP, os programas de *Compliance* não assumem uma relevância tal que a sua inexistência obste à aplicação deste preceito legal, até porque se a realização do facto-típico for contrária a ordens claras, efetivas e eficazes (que não precisam constar de um programa de *Compliance*), nos termos deste preceito legal, não haverá um ilícito coletivo, mas um ilícito-típico da pessoa singular que atuou.

Em todo o caso, a adoção de mecanismos de *Compliance*, que sejam a exteriorização de uma genuína preocupação em agir em conformidade e que espelhem um “modo de vida” societário de respeito pelo Direito, assumirá, incontestavelmente, relevância em duas vertentes: por um lado, sempre será relevante no domínio da determinação da culpa do ente coletivo, na medida em que demonstram que o ilícito cometido foi um “acidente de percurso”, e não uma manifestação de desvalor perante as normas aplicáveis; por outro lado, em caso de verificação de crime no âmbito da atividade corporativa, os mecanismos de *Compliance* constituirão um essencial elemento de prova, e de defesa, na medida em que demonstrarão a existência de normas claras, expressas e eficazes, determinadas pela pessoa coletiva e que foram violadas pelo agente.

3. A experiência espanhola

A responsabilidade penal da pessoa coletiva no CPE vem consagrada no seu art. 31 bis. A primeira redação deste art. 31 bis¹⁷¹, introduzida pela *Ley Orgánica* (LO) n.º

previamente definido pelos órgãos da sociedade, não é a esta entidade que pode imputar-se o facto, mas ao próprio agente”.

¹⁷¹ Art. 31-bis CPE (primeira versão):

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren

5/2010, espoletou o debate sobre a relevância dos mecanismos de conformidade, tendo surgido dois entendimentos: uma primeira corrente doutrinária defendia que o modelo de responsabilidade penal das pessoas coletivas se devia basear na substituição, isto é, a pessoa coletiva deveria ser responsabilizada pelos ilícitos cometidos pelos seus administradores e representantes desde que estivessem preenchidos os restantes pressupostos do referido artigo ¹⁷²; a segunda corrente doutrinária entendia que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas se deveria basear na sua autorresponsabilização por não terem sido competentes na prevenção do ilícito, isto é, uma responsabilidade por facto próprio que não assenta, portanto, na atuação das pessoas singulares.¹⁷³

sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

¹⁷² Para SILVA SÁNCHEZ (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español”, *Ob. Cit.*, p. 21), “uma leitura sem pré-compreensões hermenêuticas” do art. 31-bis do CPE revela que o legislador espanhol optou pelo modelo de imputação por substituição. Este entendimento suporta-se também na Circular 1/2011 da Fiscalía General del Estado, *infra* referida. No entanto, o Autor ressalva que, embora este seja o ponto de partido, nada obsta a que se deva interpretar aquele preceito legal de forma a compatibilizá-lo com os desígnios constitucionais, o que requer uma autêntica “reconstrução” do referido art. 31 bis do CPE.

¹⁷³ Cfr. ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ, “La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado”, *Diario La Ley*, 2016 [online], Ano XXXVII, Nº 8707. Disponível em: <http://pdfs.wke.es/6/0/1/8/pd0000106018.pdf> [Consultado em 11.11.2018].

No sentido de se privilegiar a autorresponsabilidade, CARLOS GOMÉZ-JARA DÍEZ (“Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Ob. Cit.*, pp. 21 e 22) e JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español”, *Ob. Cit.*, p. 21).

Perante esta segunda corrente doutrinária, a *Fiscalía General del Estado*, através da sua Circular 1/2011, veio esclarecer que o eventual funcionamento defeituoso ou falha na organização da pessoa coletiva não constituem pressupostos da sua responsabilidade criminal, nem têm correspondência na letra do art. 31 bis, da mesma forma que uma competente organização não constitui circunstância atenuante nos termos do mesmo preceito legal.¹⁷⁴ De facto, nesta Circular 1/2011, o modelo de imputação considerado foi o modelo de responsabilidade por transferência.¹⁷⁵

Ainda assim, para a corrente doutrinária que defendia o modelo de responsabilização por facto próprio, a existência de programas de *Compliance* efetivamente implantados e operacionais, que demonstrassem a sua eficiente organização, poderiam despenalizar a pessoa coletiva. Apesar da primeira redação do art. 31 bis do CPE não conter qualquer referência expressa à desresponsabilização ou despenalização por existência de mecanismos de *Compliance*, este entendimento encontrava suporte em três argumentos: o argumento literal, isto é, existindo um tal programa de *Compliance*, poderia afirmar-se que a pessoa coletiva (*maxime* os superiores hierárquicos) tinham exercido o “devido controlo” referido na segunda parte do art. 31 bis, n.º 1, do CPE, deste modo, não se verificaria o pressuposto de aplicação daquele preceito legal (pelo menos no que respeita aos factos-típicos cometidos por subordinados); o argumento teleológico, uma vez que existindo programas de *Compliance* eficientemente implementados não se poderia considerar a responsabilidade penal da pessoa coletiva sem se ofender o princípio da culpa; e o argumento sistemático, sustentado no facto de o art. 31 bis do CPE admitir a atenuação da responsabilidade penal quando após o delito, mas antes do processo criminal, a pessoa coletiva adotasse um sistema de medidas de prevenção e deteção de delitos, pelo que, se se admite uma atenuação em virtude da adoção de mecanismos de

¹⁷⁴ *Fiscalía del Estado – Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010* [online]. Disponível em https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f [consultado em 11.11.2018].

¹⁷⁵ Cfr. págs. 1304 e 1305 da Circular 1/2011: “Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia”, e Conclusão segunda, pág. 1356: “En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurren las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido”. Consultável em https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_01.pdf?idFile=7ed535ae-8bf0-4aa5-b219-618b3ac7420f.

prevenção *post delictum*, a adoção destes mecanismos antes do delito deveria excluir a responsabilidade penal da pessoa coletiva.¹⁷⁶

De facto, quanto a este último argumento, refira-se que na redação do art. 31 bis introduzida pela LO 5/2010 contemplou-se, embora de forma discreta, o papel dos programas de *Compliance*, que poderiam constituir uma circunstância atenuante na responsabilidade penal das pessoas coletivas quando estas, antes do processo criminal, estabelecessem medidas eficientes para prevenir e descobrir crimes que fossem cometido no futuro no âmbito do seu funcionamento.¹⁷⁷ Esta circunstância atenuante, porém, gerou um grande debate na medida em que se considerou que a mesma favorecia as pessoas coletivas que apenas após a verificação do ilícito, tivessem adotado medidas de prevenção de futuros ilícitos, sem contemplar as pessoas coletivas que implementavam essas mesmas medidas preventivas antes da verificação do crime.¹⁷⁸

Perante a confusão originada pela LO 5/2010, o legislador elaborou a LO 1/2015, com a finalidade de delimitar adequadamente o conteúdo do “devido controlo”, cuja violação gera responsabilidade penal para a pessoa coletiva, e para pôr fim às dúvidas interpretativas geradas pela legislação anterior.¹⁷⁹

A nova redação do art. 31 bis do CPE¹⁸⁰ determina que as pessoas coletivas são penalmente responsáveis: a) pelos ilícitos cometidos em seu nome e para seu benefício

¹⁷⁶ JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español”, *Ob. Cit.*, p. 31.

¹⁷⁷ Cfr. Art. 31 bis, n.º 4, alínea d), do CPE (v. *supra* nota de rodapé 170).

¹⁷⁸ ELENA GUTIÉRREZ PÉREZ, “La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado”, *Ob. Cit.*: “Era casi como premiar a los «descuidados» y abandonar a los seguidores de la due diligence en la empresa. Algún sector doctrinal interpretó que esta incoherencia permitía sostener que los compliance programs implantados y ejecutados con anterioridad al hecho delictivo poseían un carácter eximente”.

¹⁷⁹ Cfr. Cap III do Preâmbulo da LO 1/2015, disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439> [consultada em 11.11.2018].

¹⁸⁰ Atual redação do Artículo 31 bis, do CPE:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

direto e indireto, pelos seus representantes, administradores ou órgãos que têm poder de decisão, de organização e de controlo no âmbito da pessoa coletiva; e b) pelos ilícitos cometidos no âmbito da sua atividade, por sua conta e benefício direto ou indireto, por aqueles que, estando sujeitos à autoridade das pessoas mencionadas na anterior alínea a), concretizaram o facto típico devido a uma violação nos deveres de supervisão, vigilância e controlo da sua atividade.

1.º el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

2.º la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;

3.º los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y

4.º no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.º

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena.

3. En las personas jurídicas de pequeñas dimensiones, las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2.º del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada.

4. Si el delito fuera cometido por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En este caso resultará igualmente aplicable la atenuación prevista en el párrafo segundo del apartado 2 de este artículo.

5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.º del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios”.

Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

3.1 A Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016 sobre a responsabilidade penal das pessoas coletivas na reforma do Código Penal Espanhol pela Ley Orgánica 1/2015

Nesta Circular, com caráter orientador e não vinculativo, a *Fiscalía* defende que, atendendo à letra do art. 31 bis do CPE, não se poderá concluir por um modelo de autorresponsabilidade das pessoas coletivas, porquanto no referido regime jurídico sempre se assume que as pessoas coletivas poderão ser responsáveis por delitos cometidos por pessoas individuais, e não por delitos próprios. Exemplo disso é o 3º ponto, do n.º 2, do referido art. 31 bis, no qual se refere que são os “autores individuais” que cometem o delito pelo qual a pessoa coletiva será, ou poderá ser, responsabilizada.¹⁸¹

Deste modo, não se poderá considerar que a pessoa coletiva é responsável pela sua deficiente organização (a culpa na organização), quando o que aquele art. 31 bis determina é que a pessoa coletiva será sim responsável pelo incumprimento de deveres de vigilância e controlo por parte dos seus representantes, administradores ou órgãos, isto é, por uma “falha” de pessoas individuais. Na anterior redação (v. nota de rodapé 170) referia-se que a pessoa coletiva seria responsável pelos delitos cometidos pelos subordinados, cujas ações foram possíveis por sobre eles não se ter “exercido o devido controlo”, pelo que nesta redação ainda se poderia entender que a pessoa coletiva, através dos seus programas de organização, é que deveria ter exercido esse devido controlo, pelo que, em última instância, a mesma estaria a responder por uma “falha” própria. No entanto, na redação atual, esta interpretação já não seria possível na medida em que se determina expressamente que quem incumpe os deveres de vigilância e controlo são os representantes da pessoa coletiva.¹⁸²

Assim, concluiu-se na referida Circular 1/2016 que, do teor literal do art. 31 bis do CPE, não resulta um modelo de autorresponsabilidade penal da pessoa coletiva, mas antes um modelo de substituição (“*el modelo de responsabilidad vicarial*”), atenuado por elementos que conferem autonomia à responsabilidade penal das pessoas coletivas: (i) não é necessário que haja responsabilidade penal por parte da pessoa individual que

¹⁸¹ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, pág. 6. Disponível em: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Circular_1-2016.pdf?idFile=81b3c940-9b4-4edf-afe0-c56ce911c7af

¹⁸² *Ibidem*, pág. 7.

comete o crime, nem tão-pouco é necessário que o crime seja consumado, uma vez que a tentativa já pode gerar responsabilidade, (ii) o facto de não ser possível identificar a pessoa individual que praticou o ato não afasta a responsabilidade da pessoa coletiva, (iii) os fatores agravantes ou atenuantes da culpabilidade da pessoa singular não se transferem para a pessoa coletiva (exceto se as causas justificativas se dirigirem ao ato em si), (iv) a pessoa coletiva tem um sistema próprio de sanções e (v) os programas de *Compliance* podem isentar a pessoa coletiva de responsabilidade penal.¹⁸³

Embora os elementos *supra* referidos confirmem autonomia à responsabilidade penal das pessoas coletivas, os mesmos não são suscetíveis de formar um modelo de autorresponsabilização, o que exigiria uma intenção ou culpa da mesma, algo que a legislação espanhola não contempla.

De facto, como salienta a Circular *sub judice*, se a responsabilização penal da pessoa coletiva se fundamentasse na sua deficiente organização, este defeito organizativo teria de constituir um elemento do tipo, pelo que, além de se ter de provar que o agente que praticou o crime é um dos que o n.º 1 do art. 31 bis contempla, ter-se-ia de provar que o facto cometido resultou da ineficiente organização empresarial. Por outro lado, obrigaria o ente coletivo a ter de provar a eficiência do seu sistema organizativo, o que representaria uma inadmissível inversão do ónus da prova.¹⁸⁴ O que não acontece se a responsabilidade penal da pessoa coletiva assentar na conduta censurável dos seus representantes, por si, ou pelos atos cometidos pelos subordinados que foram possibilitados pela violação dos seus deveres de vigilância, caso em que este é o único elemento que carece de prova. Neste entendimento, os programas de *Compliance*, quando se mostrem eficazes para prevenir o delito, relevam na medida em que permitem aferir as obrigações dos representantes da pessoa coletiva (e restantes indivíduos referidos na alínea a., do n.º 1, do art. 31 bis).¹⁸⁵

¹⁸³ *Ibidem*, págs. 8 e 9.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pág. 10.

Em sentido contrário, MANUEL GOMÉZ TOMILLO (*Compliance Penal y Política Legislativa: El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, *Ob. Cit.*, pp. 31 a 36) entende que considerar-se que cabe à pessoa coletiva a prova da sua eficiente organização não violaria o direito fundamental de presunção de inocência na medida em que é a pessoa coletiva que tem toda a informação necessária para fazer essa prova.

¹⁸⁵ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, pág. 10.

Por fim, a Circular *sub judice* esclarece que o sistema de responsabilização que se propõe não é um sistema automático porque, independentemente de qual seja a conduta da pessoa individual que gerará responsabilidade penal para a pessoa coletiva, a deficiente organização desta opera como pressuposto e reforço da sua culpabilidade, afastando qualquer semelhança com uma responsabilidade penal objetiva.¹⁸⁶

NIETO MARTÍN defende que o art. 31 bis do CPE pode, ainda assim, ser interpretado no sentido de contemplar o modelo de responsabilidade combinado, proposto por TIEDEMANN (v. *supra* Cap. II, nº 1.3) – modelo segundo o qual à pessoa coletiva imputa-se o facto realizado pela pessoa singular (tal como propõe o modelo da heterorresponsabilidade), sem prejuízo de o fundamento dessa responsabilidade penal do ente jurídico radicar num defeito de organização próprio, que é determinante para a ocorrência do ilícito.¹⁸⁷

3.1.1 A relevância que é conferida aos programas de *Compliance* nesta Circular 1/2016

A Circular 1/2016 da *Fiscalía General del Estado*, partindo da permissa *supra* enunciada, de que a pessoa coletiva responde por um ato/facto alheio – uma conduta censurável dos seus representantes –, sustenta que os programas de *Compliance*, enquanto circunstância que pode exonerar a pessoa coletiva de responsabilidades, têm de ser qualificados como “desculpa absolutória”, isto é, como uma causa de exclusão da culpa e, conseqüentemente, da punibilidade, e não como fator de “supressão da punibilidade”.¹⁸⁸

Por outro lado, se a responsabilidade penal da pessoa coletiva assentasse na sua incapacidade ou deficiente organização, a existência de programas de *Compliance* eficazes e efetivamente aplicados demonstraria uma eficiente organização, pelo que, nesses casos desapareceria elemento do facto típico – a organização deficiente –, motivo

¹⁸⁶ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, pág. 10.

¹⁸⁷ ADÁN NIETO MARTÍN, “Regulatory Capitalism cumplimiento normativo”, *Ob. Cit.*, p. 17.

¹⁸⁸ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, p. 56.

pelo qual os programas de *Compliance* seriam mais do que circunstâncias que excluem a responsabilidade penal, impediriam mesmo a tipificação do ato.¹⁸⁹

Em todo o caso, ainda que segundo a *Fiscalía General del Estado* a responsabilidade penal da pessoa coletiva não se fundamente na sua deficiente organização, não tendo, por isso, os programas de *Compliance* capacidade para afastar a tipificação do facto, estes programas de organização e gestão não deixam de assumir grande relevância na medida em que o art. 31 bis, n.º 2, do CPE, confere-lhes poder para isentarem a pessoa coletiva de responsabilidade penal.

De facto, o art. 31 bis, n.º 2, do CPE, determina que se o ilícito for cometido pelas pessoas singulares identificadas na alínea a) do n.º 1 desse preceito legal (os seus representantes legais, membros de órgãos sociais ou pessoas com poder de decisão), a pessoa coletiva será isenta de responsabilidades se se verificarem as seguintes condições: o órgão administrativo ter adotado e executado eficientemente, antes da prática do ato, modelos de organização e gestão que incluam medidas de vigilância e controlo idóneas para prevenir delitos da mesma natureza, ou reduzir significativamente o risco de os mesmo serem cometidos (1.ª secção); a supervisão do funcionamento e cumprimento desses modelos de prevenção implantados ter sido confiada a um órgão da pessoa coletiva com poderes autónomos de iniciativa e controlo ou com responsabilidade legal de supervisionar a eficácia dos controlos internos desta (2.ª secção); as pessoas singulares que praticaram o ato tenham agido evitando fraudulentamente os modelos de organização e prevenção (3.ª secção); e não tenha havido omissão, ou exercício insuficiente, dos deveres de supervisão, vigilância e controlo por parte do órgão referido no 2.º requisito (4.ª secção).

De igual modo, quando os factos ilícitos tenham sido praticados pelas pessoas singulares referidas na alínea b), do n.º 1, desse preceito legal (subordinados cujas ações foram possibilitados pela violação dos deveres de vigilância dos altos dirigentes da pessoa coletiva), os programas de *Compliance* podem isentar a pessoa coletiva de responsabilidade penal, como enuncia o n.º 4, do art. 31 bis, do CPE. Embora este n.º 4, do art. 31 bis, contenha menos condições para que os mecanismos de gestão e prevenção isentem a pessoa coletiva, La Fiscalía esclarece que não existem razões para distinguir as

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 55 e 56.

condições exigidas pelo n.º 2 ou pelo n.º 4 (do art. 31 bis), com exceção da 3.ª secção do n.º 2, que apenas é aplicável quando a pessoa singular que praticou o ato se inclui na alínea a) do n.º 1. Em todo o caso, é a pessoa coletiva que dispõe de recursos que possibilitam a prova de que, apesar do cometimento do ilícito, os seus programas de organização e prevenção eram eficazes.¹⁹⁰

3.1.2 Conteúdo dos programas de *Compliance* segundo a Circular 1/2016

No n.º 5, do art. 31 bis, do CPE, estabelecem-se os requisitos que os programas de *Compliance* devem cumprir:

- i. Identificar as atividades no âmbito das quais poderão ser cometidos os crimes que devem ser evitados (1.ª secção do n.º 5 do art. 31 bis do CPE).¹⁹¹
- ii. Estabelecer protocolos ou procedimentos que especifiquem o processo de formação da vontade da pessoa coletiva, de tomada de decisão e execução da mesma em relação àqueles (2.ª secção do n.º 5 do art. 31 bis do CPE).¹⁹²
- iii. Conter modelos de gestão de recursos financeiros adequados para evitar a comissão de crimes que devem ser evitados (3.ª secção).
- iv. Determinar a obrigação de relatar possíveis riscos e inobservâncias ao órgão encarregado de controlar a operação e garantir a observação dos modelos de organização e prevenção (4.ª secção).¹⁹³

¹⁹⁰ *Ibidem*, pág. 41.

¹⁹¹ No que respeita a este requisito, a Circular 1/2016 dispõe que a pessoa coletiva deve estabelecer, aplicar e manter procedimentos eficazes de controlo do risco para identificar e comunicar os riscos reais e potenciais decorrentes de suas atividades. Dependendo da dimensão da empresa, releva ainda a existência de aplicações informáticas que controlem os processos internos da empresa com o máximo de forma exhaustiva. Em todo o caso, nenhum programa de compliance pode ser considerado eficaz se a sua aplicação não for minimamente robusta e tiver sido devidamente auditada (cfr. *Ibidem*, pp. 43 e 44)

¹⁹² Estes procedimentos devem garantir elevados padrões éticos, particularmente na contratação e promoção de gerentes e na nomeação de membros dos órgãos administrativos.

¹⁹³ Um modelo de organização e gestão, além de ter eficácia preventiva, deve permitir a deteção do comportamento criminoso. A existência de canais para relatar infrações ou atividades internas ilícitas é um dos elementos-chave dos modelos de prevenção. No entanto, para que a obrigação imposta aos funcionários seja exigida, é essencial que a pessoa coletiva tenha regulamentos de proteção específicos aos denunciantes, para que as denúncias se mantenham confidenciais, não havendo assim o risco de represálias (cfr. *Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016*, p. 45).

v. Estabelecer um sistema disciplinar que sancione adequadamente a violação das medidas estabelecidas nos programas (5.^a secção).¹⁹⁴

vi. Realizar periodicamente a verificação da adequação dos programas implementados e a sua eventual modificação quando forem constatadas infrações relevantes das suas disposições, ou quando a organização, a estrutura de controlo ou a atividade desenvolvida sofrerem alterações que as tornem necessárias (6.^a Secção).¹⁹⁵

Importa lembrar que, mesmo que todas as condições *supra* analisadas sejam cumpridas, a pessoa jurídica só ficará impune se os autores do crime o cometerem evitando fraudulentamente os modelos de organização e controle, conforme determinado 3.^a secção do n.º 3, do referido art. 31 bis do CPE, que apenas se aplica às infrações praticadas pelos altos dirigentes da sociedade.

3.1.3 Critérios de valoração da eficácia dos programas de *Compliance* determinados na Circular 1/2016

Embora a prática do crime possa ser interpretada como um indício da ineficácia do modelo implementado, a verdade é que a verificação de um crime não invalida necessariamente o programa de prevenção existente, que pode ter sido concebido e implementado de forma adequada, sem, no entanto, atingir uma eficácia absoluta. Ou seja, o que será avaliado pelos magistrados é a existência e a idoneidade dos programas de *Compliance*.

Por este motivo, a adequação é estabelecida com carácter relativo, admitindo-se como efetivo um programa que permite "reduzir significativamente" o risco de cometer o crime. Ora, este conceito de "reduzir significativamente" o risco de prática de crimes, que é preponderante para aferir a eficácia dos programas de compliance e, consequentemente, para a possível impunibilidade da pessoa coletiva, carece de densificação, motivo pelo qual a Circular 1/2016 estabeleceu critérios interpretativos, de

¹⁹⁴ Este requisito pressupõe a existência de um código de conduta no qual as obrigações dos administradores e subordinados estejam claramente estabelecidas. As infrações mais sérias, logicamente, serão aquelas que constituem crime e os comportamentos que impeçam ou dificultem a sua descoberta também devem ser contemplados, bem como a violação do dever específico de informar ao órgão encarregado de garantir a observação dos programas de *compliance* (cfr. *Ibidem*, p. 45).

¹⁹⁵ Quanto a este requisito, embora não se estabeleça um prazo ou qualquer procedimento para a revisão, um modelo de prevenção adequado deve contemplá-los expressamente (cfr. *Ibidem*, p. 45).

caráter genérico, para auxiliar o Ministério Público e os Tribunais a valorar correta e uniformemente a adequação e eficácia destes modelos de prevenção:¹⁹⁶

Primeira diretriz, a regulamentação dos modelos de conformidade deve ser interpretada de forma que a responsabilidade penal da pessoa coletiva não se torne ineficiente e impossível de avaliar na prática, devendo-se, assim, evitar que a simples adoção de modelos de gestão e prevenção constitua uma conduta segura para a impunidade da pessoa jurídica;

Segunda diretriz, o objetivo da adoção de mecanismos de *Compliance* não é evitar a sanção penal, mas sim promover uma verdadeira cultura empresarial ética, motivo pelo qual o que realmente releva para a avaliação da eficácia destes modelos de gestão, não é tanto a sua mera existência, mas a sua importância na tomada de decisões de líderes e funcionários da pessoa coletiva e em que medida estes programas são uma expressão da cultura de cumprimento/conformidade face ao Direito;

Terceira diretriz, a certificação da adequação dos programas de gestão e prevenção pode ser vista como um elemento adicional de sua observância, mas não poderá nunca, por si só, provar a eficácia do programa ou substituir a avaliação que pertence exclusivamente ao órgão judicial;

Quarta diretriz, a eficácia dos modelos de prevenção depende do compromisso inequívoco e do apoio da alta administração da empresa – o comportamento e o envolvimento dos principais administradores são fundamentais para implementar uma cultura de conformidade em toda a empresa;¹⁹⁷

Quinta diretriz, a responsabilidade coletiva não deve ser avaliada da mesma forma nos casos em que da conduta ilícita resulta um benefício a título principal para a pessoa coletiva, face aos casos em que o benefício resultante é meramente secundário ou

¹⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 51 a 55.

¹⁹⁷ Pelo contrário, a falta de compromisso da administração face a esses programas, a ambiguidade ou indiferença quanto à sua implementação, transmite à empresa a ideia de que o incumprimento é um risco que pode valer a pena para um maior benefício económico: se os principais administradores incumprem os modelos de gestão e prevenção ou recompensam/incentivam, direta ou indiretamente, quem os incumpre, dificilmente se poderá considerar esse programa eficaz ou que reflita uma verdadeira cultura de respeito à lei. Consequentemente, a responsabilidade da pessoa coletiva não pode ser a mesma se o crime for cometido por um dos seus administradores ou por um funcionário. A primeira hipótese revela um menor compromisso ético da sociedade e põe em causa a autoridade do programa, motivo pelo qual, nesse caso, os programas de *compliance* não se poderão considerar eficazes.

consequente do benefício que resulta para o agente, uma vez que nestes últimos casos o valor preventivo de um programa de *Compliance*, mesmo quando adequadamente projetado e implementado, é limitado face à decisão consciente de cometer determinado crime e o efeito dissuasor deste programa será sempre menor do que a sanção penal a que o autor do crime se sujeita;¹⁹⁸

Sexta diretriz, a deteção de crimes faz parte, bem como a prevenção, do seu conteúdo essencial, tendo em conta que qualquer programa de prevenção, por mais eficaz que seja, suportará um risco residual de prática de crimes, pelo que a capacidade de detetar os incumprimentos será um elemento de grande relevância para a validade do modelo;

Sétima diretriz, apesar da prática de um crime não invalidar automaticamente o modelo de prevenção, a sua eficácia é seriamente questionada, dependendo da gravidade do comportamento criminoso, da sua extensão na corporação, do elevado número funcionários envolvidos, da baixa intensidade do comportamento fraudulento que permitiu contornar o modelo de prevenção, ou da frequência e duração da atividade criminosa, pelo que todos esses elementos terão de ser valorados;

Oitava diretriz, o comportamento da pessoa coletiva relativamente a anteriores condutas é relevante para inferir a sua vontade de cumprir a lei e em que medida o crime representa um acontecimento pontual, à margem da sua cultura ética, ou demonstra a ausência de cultura ética, sendo o modelo de organização existente um mero artifício desculpante;¹⁹⁹

Nona diretriz, atuação da pessoa jurídica após a prática do crime deverá ser igualmente objeto de avaliação, a adoção de medidas disciplinares contra os autores ou a

¹⁹⁸ Portanto, nos casos em que o crime for cometido pelo indivíduo em seu benefício próprio, daí resultando em simultâneo um benefício indireto para a pessoa jurídica, o que deve ser objeto de avaliação são os padrões éticos de contratação e promoção de dirigentes e funcionários estabelecidos no programa de *compliance* e a sua aplicação ao caso específico, uma vez que a melhor medida de prevenção quanto a este tipo de crimes (cometidos por decisão consciente de alguém e para benefício próprio) é uma adequada seleção dos dirigentes e funcionários da empresa.

¹⁹⁹ A sociedade pode provar que, mesmo tendo falhado num caso concreto, o modelo de gestão e prevenção tem funcionado de forma eficaz em anteriores ocasiões. A firmeza na resposta perante incumprimentos anteriores transmite uma mensagem clara de intolerância da conduta antiética. Contrariamente, e a título de exemplo, a manutenção em funções de um administrador ou gerente que tenha sido submetido a um procedimento criminal, no qual a prática do crime tenha sido comprovada, dificulta seriamente a demonstração de um pretendido compromisso ético. A existência de processos penais anteriores ou processos em curso também deve estar sujeita a apreciação, ainda que se refiram a condutas criminosas diferentes das investigadas. Também deverá ser considerado se a empresa foi anteriormente sancionada por delitos não penais.

imediate revisão do programa de *Compliance* implementado para detetar possíveis fragilidades, introduzindo as modificações necessárias evidenciam o comprometimento dos representantes da pessoa coletiva.²⁰⁰

Para SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ, o Ministério Público espanhol distingue existência, idoneidade e eficácia²⁰¹ dos modelos de gestão: uma empresa que não adotou formalmente qualquer programa de *Compliance* pode, ainda assim, possuir materialmente uma cultura empresarial de respeito pelo direito, a qual se afere pela inexistência de crimes no âmbito da sua atividade; deste modo, a inexistência de um programa formal de *Compliance* não significa que aquela empresa não possui um modelo de gestão eficaz, pelo que se conclui que a eficácia de um modelo de gestão não depende exclusivamente da existência ou idoneidade de programas de *Compliance* implementados.²⁰²

NIETO MARTÍN sugere um modelo de avaliação da eficácia dos programas de *Compliance* com um duplo filtro: o primeiro filtro seria a análise abstrata, isto é, se aquele programa de *Compliance* seria suscetível de evitar o crime consumado; o segundo filtro seria, recorrendo ao caso específico, analisar se o agente infringiu fraudulentamente algum procedimento submetido àquele programa de *Compliance*.²⁰³

No entendimento de SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ o que se pretende com a enunciação destes critérios gerais da Fiscalía General de Espanha é «*rebaixar o nível da eficácia exigível do programa de Compliance até chegar à mera “idoneidade” (...) Satisfaz-se com a simples existência e idoneidade do modelo, já que exigir a sua efetividade é impossível – inclusive porque já aconteceu o crime, o que é a prova irrefutável do fracasso do programa*». Deste modo, ao bastar a mera existência e idoneidade do programa, está-se a «*conceber um autêntico direito penal de autor para a*

²⁰⁰ De igual modo, a restituição, a reparação imediata dos danos, a colaboração ativa com a investigação ou o início de um procedimento de investigação interna, além de serem atenuantes, revelam o nível de compromisso ético da sociedade e podem permitir a sua impunibilidade. Por outro lado, o atraso no relato de conduta criminosa ou sua ocultação e atitude obstrutiva ou não colaborativa com a justiça operará na direção oposta.

²⁰¹ A idoneidade do programa de *compliance* traduz-se na sua adequação, abrangência e compreensão, para que possa ser potencialmente efetivo. A efetividade depende, por um lado, de o programa de *compliance* interiorizado e seguido por todas as pessoas singulares que compõem a pessoa coletiva e, por outro lado, da sua aptidão a impedir o cometimento de crimes – cfr. SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ, “Programas de compliance: é possível aferir sua efetividade para fins penais?”, in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, p. 145).

²⁰² *Ibidem*, p. 144.

²⁰³ ADÁN NIETO MARTÍN, “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, *Ob. Cit.*, p. 38.

*pessoa jurídica, pela sua “conduta de vida”, em que seus antecedentes e sua “boa intenção” serão suficientes para excluir a imputação, consubstanciando, ainda, um direito penal de duas velocidades, extremamente mais benéfico para as pessoas jurídicas do que para as pessoas físicas».*²⁰⁴

3.1.4 Crítica à Circular 1/2016 – a administrativização da responsabilidade penal das pessoas coletivas

Este art. 31-bis do CPE consagra, no entender de TERESA QUINTELA DE BRITO, a administrativização da responsabilidade criminal do ente coletivo, uma vez que isenta de responsabilidade penal a pessoa coletiva que tenha adotado e implementado modelos de organização, gestão e prevenção adequados a prevenir delitos da natureza do delito cometido, ainda que estes modelos, no caso em concreto, se tenham mostrado ineficazes para impedir o facto-típico praticado.²⁰⁵

Deste modo, resulta evidente que o ilícito pelo qual a pessoa coletiva é penalmente responsável é o “*estado de perigosidade da organização*”: se a adoção de modelos de gestão e controlo é condição de isenção de responsabilidade, à *contrariu* dir-se-á que a pessoa coletiva, perante um crime cometido no âmbito da sua atividade por um seu representante ou colaborador, vai ser responsabilizada, não por esse facto-típico cometido, mas por não se ter organizado corretamente. A responsabilidade penal da pessoa coletiva assenta assim no seu “defeito de organização” e não no crime que se verifica; o ente jurídico é responsabilizado, e eventualmente punido, não pelo concreto crime que foi cometido no âmbito da sua atividade, mas pela sua falta de organização. Portanto, o que está em causa não é a ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado, mas sim a “desobediência” a uma ordem implícita de adoção de programas de *Compliance*.²⁰⁶

²⁰⁴ SÉRGIO VALLADÃO FERRAZ, “Programas de compliance: é possível aferir sua efetividade para fins penais?”, *Ob. Cit.*, p. 146.

²⁰⁵ TERESA QUINTELA DE BRITO, “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica”, *Ob. Cit.*, pp. 74 e 75.

²⁰⁶ *Ibidem* pp. 74 e 75.

Sublinhe-se, por curiosidade, que a redação do art. 31-bis do CPE é praticamente igual aos arts. 6.º e 7.º do Decreto Legislativo italiano nº 231/2001, que disciplina a responsabilidade administrativa das pessoas coletivas.²⁰⁷

O CP, diferentemente do CPE, não nos parece suscetível de integrar uma tal interpretação que confira semelhante relevância aos programas de *Compliance*: o art. 11.º do CP responsabiliza a pessoa coletiva por factos-típicos cometidos no âmbito da sua organização por um determinado conjunto de pessoas capazes de determinar a pessoa coletiva.

3.2 Jurisprudência Espanhola

3.2.1 A Sentença de 02.09.2015 (STS 514/2015) do Tribunal Supremo Espanhol

No processo criminal no qual foi proferida a Sentença de 02.09.2015, do Supremo Tribunal Espanhol, discutia-se a imputação de um crime de fraude a uma pessoa coletiva em virtude de o seu único gerente ter, alegadamente, praticado atos que consubstanciam a prática do referido crime. Ou seja, discutia-se se o facto de o único administrador de uma empresa ter praticado este crime, no desempenho das suas funções, gerava automaticamente responsabilidade penal da pessoa coletiva. A decisão judicial da 1.ª Instância decidiu no sentido afirmativo.

A Sentença do Supremo Tribunal Espanhol *sub judice*, todavia, e embora não tivesse sido interposto recurso pela pessoa coletiva quanto à sua condenação em 1.ª instância, não deixou de sublinhar que quer se opte por um modelo de responsabilidade por próprio ato ou por uma fórmula de heterorresponsabilidade, qualquer condenação de pessoas jurídicas deve basear-se nos princípios inalienáveis que informam o direito penal.²⁰⁸ Isto é, parece-nos que a necessidade de respeitar os princípios fundamentais do direito penal referida demonstra que o Supremo Tribunal Espanhol não subscreve a tese subscrita pela decisão da 1.ª instância, no sentido de a pessoa coletiva poder ser

²⁰⁷ Consultável em <http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/01231dl.htm>.

²⁰⁸ Cfr. N.º 3 da Sentença *sub judice*. Consultável em <https://supremo.vlex.es/vid/583483758>.

automaticamente responsabilizada por um facto alheio, praticado por um dos seus administradores e sem que lhe seja imputado um facto próprio.

No entendimento de GÓMEZ-JARA DÍEZ, a responsabilidade por um facto-típico alheio está vedada no Direito Penal, pelo que, ainda que se opte por um modelo de heterorresponsabilidade, dever-se-á incluir sempre um fundamento baseado na conduta própria da pessoa responsabilizada, motivo pelo qual, para este Autor, os modelos de heterorresponsabilidade puros não se enquadram na abordagem do Supremo Tribunal Espanhol.²⁰⁹

Esta Sentença do Supremo Tribunal Espanhol de 02.09.2015 foi a primeira decisão sobre o tema da responsabilidade penal das pessoas coletivas. No entanto, e porque não foi interposto recurso da decisão da 1.^a instância que considerou a pessoa coletiva como co-autora do crime de fraude praticado pelo seu administrador, esta decisão não incidiu sobre os pressupostos da responsabilização penal da pessoa coletiva. Ainda assim, não deixou de demonstrar uma certa preocupação em destacar a absoluta necessidade de uma qualquer condenação penal assentar nos princípios fundamentais do direito penal.

3.2.2 A Sentença nº 154/2016, de 29.02.2016 (STS 613/2016) do Tribunal Supremo Espanhol

Neste processo discutia-se a responsabilidade penal de duas empresas “utilizadas” pelos seus gerentes de facto e de direito para o tráfico de estupefacientes

Na Sentença *sub judice*, o Supremo Tribunal, reconhecendo a complexidade da questão, assumiu a sua função nomofilática, de defesa do próprio direito e da intenção de justiça que o constitui, analisando não só questões jurídicas que lhe foram colocadas, mas também questões essenciais do regime da responsabilidade penal de pessoas coletivas, para as quais não existia ainda resposta no sistema judiciário.

Neste sentido, sem que tenha sido fixada ou determinada uma fórmula exata de análise/decisão, foram considerados alguns critérios de interpretação do regime de

²⁰⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: El inicio de una larga andadura*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, p.39.

responsabilidade penal das pessoas jurídicas, de acordo com o significado, natureza e finalidade das mesmas, designadamente:

- i. Seguindo-se a anterior decisão do mesmo Supremo Tribunal, de 2 de setembro de 2015, reiterou-se que, quer se escolha um modelo de responsabilidade por próprio ato, quer por um modelo de heterorresponsabilidade, qualquer condenação de pessoas jurídicas deve basear-se nos princípios inalienáveis que informam o direito penal.²¹⁰
- ii. O regime de responsabilidade penal das pessoas coletivas é baseado na exigência de adoção e correta aplicação de medidas efetivas de controlo que impeçam e tentem evitar, tanto quanto possível, a prática de infrações penais por parte daqueles que compõem a organização. Assim, a ação da pessoa jurídica, relevante para fins de afirmação de sua responsabilidade penal, deve ser analisada aferindo-se se o crime cometido pela pessoa física no âmbito dela foi possível, ou facilitado, pela ausência de uma cultura de respeito ao Direito, isto é, de programas de *Compliance*.²¹¹
- iii. Deste modo, a existência de programas de *Compliance*, que cumpram os requisitos legais do art. 31 bis, n.º 5, do CPE, não constituirá uma “desculpa absolutória”, mas antes uma causa de justificação, que obsta ao reconhecimento de existência da infração e, conseqüentemente de responsabilidade. Por outras palavras, a existência de programas de *Compliance* afeta, não a culpa da pessoa coletiva, mas a própria responsabilização penal: a existência destes mecanismos de conformidade, na medida em que demonstra o compromisso da pessoa coletiva com o respeito pelo Direito e com a prevenção de prática de crimes, obsta à própria afirmação de responsabilidade penal da mesma; diferentemente, se se considerasse que os programas de *Compliance* são uma desculpa absolutória, que obsta à punibilidade por afastar a culpa, teríamos de admitir que existe responsabilidade penal da pessoa coletiva, não havendo tão-somente punição.

Assim, a existência de um programa de prevenção e gestão, que cumpra os requisitos legais, é uma circunstância de isenção da própria responsabilidade penal, e não apenas de desculpa, o que torna esta circunstância um verdadeiro elemento do tipo.

²¹⁰ Cfr. pág. 21 da Sentença nº 154/2016, de 29.02.2016 (STS 613/2016) do Tribunal Supremo. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7610997&links=responsabilidad%20penal&optimize=20160302&publicinterface=true>.

²¹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ (*La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, pp. 105 e ss) explica que o essencial será determinar se a ação da pessoa singular é uma expressão própria, individual, ou se, pelo contrário, é uma expressão da pessoa coletiva de falta de compromisso com o Direito.

Na interpretação que esta Sentença faz da Circular 1/2016, o facto preponderante na responsabilidade penal da pessoa coletiva é a cultura corporativa de respeito pela lei, pelo que, demonstrando-se que determinada pessoa coletiva adotou e implementou programas de *Compliance*, demonstra-se a sua cultura ética empresarial, de cumprimento e respeito pela lei, pelo que não haverá fundamento para a sua responsabilização penal.

O Voto de vencido formulado nesta Sentença versa, precisamente, sobre a importância que se deu à (in)existência de programas de *Compliance*: não se discordou do entendimento de que o fundamento último da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas seja a ausência de medidas efetivas de prevenção e controlo do seu funcionamento interno, discordou-se apenas do entendimento de que esta ausência de medidas preventivas possa ser qualificada como o núcleo da tipicidade ou como um elemento autónomo do tipo objetivo.

Segundo o entendimento aparentemente expressado neste Voto de Vencido, e que merece a concordância de GÓMEZ-JARA DÍEZ ²¹², a existência de programas de *Compliance*, isto é, a demonstração de uma cultura corporativa de conformidade com o Direito, releva no âmbito da análise da culpa, não é um elemento do tipo, pelo que a prova fica a cargo da pessoa coletiva.

Nesta Sentença também se decidiu que o delito da pessoa singular é o pressuposto, não o fundamento da responsabilidade da pessoa coletiva.²¹³

Isto é, ficando provado que a pessoa singular, capaz de gerar responsabilidade penal para a pessoa coletiva, praticou o crime – pressuposto –, se a pessoa coletiva não tiver adotado e implementado eficazmente programas de compliance, essa omissão, que demonstra a sua cultura organizativa contrária ao Direito, é o fundamento da sua responsabilidade penal.

²¹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora” in *Diario la Ley*, nº 8724, de 17 de Março de 2016 [on-line]. Disponível em: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiNjQwtLC7Wy1KLizPw8WyMDQzMDY0MTkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqABGID6o1AAAAWKE&fbclid=IwAR28AFAHrk6Bv0mWKOPH4rR3hICSTmMlmtj-4PetwdYadz7BDEfv0eeBbfc>

²¹³ Também esta decisão merece a concordância de GÓMEZ-JARA DÍEZ (“Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las persona jurídicas”, in *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011, pp. 36 e ss.

Portanto, a responsabilidade penal da pessoa coletiva não se baseia exclusivamente na prática de um crime por um dos seus representantes, mas também no incumprimento da sua obrigação de adotar/fornecer todos os meios suscetíveis de evitar a prática de crimes no seu âmbito.

No entendimento de GÓMEZ-JARA DÍEZ, desta forma afasta-se a responsabilidade por facto alheio e atingem-se várias e importantes vantagens do ponto de vista da coerência interpretativa, designadamente: se o fundamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas fosse o facto ilícito cometido pela pessoa singular, a impossibilidade (ou extrema dificuldade) de identificar a pessoa singular que agiu levaria à impunidade/desresponsabilização da pessoa coletiva, de igual modo, as circunstâncias atenuantes que se aplicassem à pessoa singular dever-se-iam aplicar igualmente à pessoa coletiva, uma vez que esta é responsável “por transferência”.²¹⁴

3.2.2.1 Análise crítica

Parece-nos que esta Sentença, sem decidir expressamente qual o modelo de responsabilidade que deve ser adotado, a final, aplica o modelo de autorresponsabilidade. Ou seja, a pessoa coletiva é penalmente responsável por um facto próprio: a sua insuficiência na adoção de meios idóneos para prevenir a prática de crimes.

As afirmações do Supremo Tribunal Espanhol apontam, inequivocamente, no sentido de a deficiente organização corporativa constituir um elemento essencial (o fundamento) do regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas. No entanto, ser um elemento essencial para a responsabilização penal das pessoas coletivas não se traduz, necessariamente, em configurar um elemento do tipo objetivo.

Esta Sentença assume o compromisso de, mais do que decidir as concretas questões que lhe foram colocadas, analisar e “apontar” uma direção jurídica quanto à interpretação de outras questões jurídicas atinentes ao regime da responsabilidade penal. No entanto, quanto à interpretação da relevância prática da existência de programas de *Compliance*, eficazmente implementados, parece-nos que esta Sentença foi, talvez, longe

²¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ. “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora”, *Ob. Cit.*

demais: por um lado, aparentemente, integra nos elementos do tipo a ausência de uma cultura corporativa de conformidade, o que vai para além do teor literal do art. 31 bis, n.º 1, do CPE; por outro lado, embora a Circular 1/2016 expressamente refira que a existência de programas de conformidade releva na aferição da culpa da pessoa coletiva ²¹⁵, esta Sentença assume que a cultura corporativa de respeito pela lei é o facto preponderante para a responsabilização penal da pessoa coletiva, e não apenas para a construção da culpa.

Esta parece-nos ser a “fragilidade” desta Sentença: fica a ideia de que a ausência de programas de gestão e prevenção, enquanto demonstração de uma cultura corporativa desconforme, constitui um elemento do tipo. Se é certo que uma responsabilidade que assente exclusivamente no facto típico praticado pela pessoa singular não poderá merecer acolhimento, desde logo porque redundaria numa responsabilidade penal automática, objetiva, não menos certo é que não existe suporte na lei para conferir à existência de programas de *Compliance* a capacidade de afastar a própria ilicitude do ato.

3.2.3 A Sentença nº 221/2016, de 16.03.2016 (STS 966/2016) do Supremo Tribunal Espanhol

Sobre a relevância dos programas de compliance versou também a Sentença nº 221/2016, de 16.03.2016 (STS 966/2016) do Supremo Tribunal Espanhol.²¹⁶ Nesta Sentença entendeu-se que, além da demonstração/comprovação do facto ilícito cometido pela pessoa singular, que será o fundamento da sua responsabilidade individual, é também necessária a prova que o crime cometido foi possibilitado por um defeito estrutural nos mecanismos de prevenção e gestão exigíveis.

Neste aresto jurisprudencial foi expressamente referido que a responsabilidade penal da pessoa coletiva, independentemente do modelo de responsabilidade que se adote (modelo da autorresponsabilidade ou modelo da heterorresponsabilidade), não poderá assentar exclusivamente na prática de um crime por uma das pessoas que o art. 31 bis, n.º 1, do CPE, enumera, uma vez que isso resultaria numa presunção *iuris tantum* que esse

²¹⁵ Cfr. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, pág. 56.

²¹⁶ Disponível em <https://supremo.vlex.es/vid/631536907>.

crime se deveu a um defeito de organização. Ora, essa presunção estaria em claro confronto com o princípio estruturante de presunção da inocência.

Também nesta Sentença nº 221/2016, apesar de não se decidir expressamente qual o modelo de responsabilidade que deve prevalecer, transparece uma clara preferência pelo modelo da autorresponsabilidade, uma vez que ali se defendeu que não existe responsabilidade penal sem um crime precedente, logo, para se consagrar uma responsabilidade penal das pessoas coletivas, ter-se-á de admitir um crime próprio das pessoas coletivas, pelo qual estas respondem. O facto que gera a responsabilização penal da pessoa coletiva parte da ação da pessoa singular, mas segundo uma perspetiva coletiva/estrutural, resultará da averiguação dos elementos organizativo-estruturais que possibilitaram a falha dos mecanismos de gestão e prevenção. Portanto a responsabilidade penal da pessoa coletiva afirmar-se-á a partir de um facto próprio, identificado e analisado segundo critério de imputação adaptados às especificidades das pessoas coletivas.

Trata-se, assim, de assumir que só a partir da funcionalidade/operacionalidade dos elementos organizativos associados aos programas de cumprimento se poderá construir um sistema de responsabilização da pessoa coletiva que respeite o princípio da culpa.

Nesta Sentença concluiu-se expressamente que a existência de programas de *Compliance* constitui uma causa de exclusão da culpa, e não um elemento do tipo objetivo.

3.2.4 Análise crítica à jurisprudência do Supremo Tribunal Espanhol

Como identifica GÓMEZ-JARA DÍEZ ²¹⁷, perante as alterações legislativa e as dúvidas interpretativas que surgiam, o Supremo Tribunal Espanhol, assumindo a sua função nomofilática, começou a assentar as bases interpretativas do regime da responsabilidade penal das pessoas coletivas consagrado no CPE, levando a cabo uma interpretação normativa inovadora, afirmando a existência de uma verdadeira responsabilidade penal das pessoas coletivas, com todas as consequências que daí advém, designadamente a existência de autoria e culpa próprias.

²¹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídica: El inicio de una larga andadura*, Ob. Cit, pp. 25 e 26.

As decisões do Supremo Tribunal *supra* abordadas são apenas alguns exemplos, não esgotam o leque de decisões judiciais sobre este tema.²¹⁸

Das decisões jurisprudências analisadas constata-se que o entendimento dominante da jurisprudência espanhola é que o crime coletivo é o “defeito de organização”, e não o concreto facto-típico que irrompe da organização.

No Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona, de 11.01.2016 (Relator: Fermín Otamendi Zozaya), numa espécie de “continuação” da análise que havia sido iniciada na Sentença de 02.09.2015, volta a afirma-se a absoluta necessidade de respeitar o princípio da culpa, seja qual for a interpretação do art. 31 bis do CPE, mas, uma vez mais, reconduz-se a culpa da pessoa coletiva aos mecanismos de conformidade que possam ou não existir: a conclusão deste Auto é que a demonstração da culpa própria da pessoa coletiva depende da demonstração da adequação dos mecanismos de controlo e prevenção, num juízo *ex ante*, e do cumprimento do dever de cuidado exigido para prevenir os riscos penais resultantes da atividade daquele ente coletivo, sob pena de se violar manifestamente o princípio da culpabilidade e de se adotar um critério completamente absurdo, do ponto de vista da finalidade preventiva do Direito Penal, além de se estar a tratar de forma igual os entes coletivos que adotaram mecanismos de conformidade e os que não adotaram, o que desincentivaria as políticas preventivas e provocaria injustiças.²¹⁹

Para GÓMEZ-JARA DÍEZ a *ratio decidendi* não é a existência de programas de conformidade que cumpram os requisitos do art. 31 bis, n.º 5, do CPE, mas sim a simples confirmação da existência de medidas de controlo, independentemente de elas atenderem aos requisitos estabelecidos, porque o que está em causa é a demonstração de uma cultura de cumprimento da legalidade. De igual modo, ainda que os programas de conformidade

²¹⁸ Por exemplo, na Sentença da Audiência Provincial de Barcelona de 14.12.2016 (Relator: Carlos Mir Puig), para a responsabilização penal da pessoa coletiva relevou o facto da mesma não ter implementado qualquer programa de compliance ou circuitos institucionalizados/protocolizados de cumprimento legal, ou seja, o delito coletivo foi o defeito estrutural nos mecanismo de prevenção exigíveis a todas as pessoas coletivas.

²¹⁹ Neste Auto afirma-se que, constituindo a culpa um dos mais elementares princípios do Direito Penal, toda a responsabilidade penal deve basear-se no dolo e culpa própria da pessoa responsabilizada, seja singular ou coletiva, e que, portanto, ainda que seja difícil a demonstração destes elementos quanto à pessoa coletiva, essa dificuldade nunca poderá resultar na afirmação que os mesmos não têm de verificar-se na responsabilidade penal destes entes coletivos (cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: El inicio de una larga andadura*, Ob. Cit., pp. 156).

implementados cumpram os requisitos do art. 31 bis, se eles não forem o resultado de uma tal cultura de cumprimento da legalidade, os mesmos não desoneram a pessoa coletiva.²²⁰ Sublinhe-se a conformidade deste entendimento com o decidido na Sentença de 29.02.2016.

Ou seja, ainda que se afirme que a responsabilidade penal das pessoas coletivas não está dependente da inexistência de mecanismos de *Compliance* implementados, mas sim da demonstração de uma cultura empresarial de desrespeito pelo Direito, a verdade é que da jurisprudência analisada transparece uma correlação quase absoluta entre a existência de mecanismos de compliance e a afirmação de uma cultura coletiva ética: se a pessoa coletiva dispõe de mecanismos de prevenção e controlo, a mesma possui uma cultura empresarial de respeito pela legalidade, ainda que esses mecanismos não cumpram os requisitos legais mas que se mostrem, segundo juízos de normalidade, adequados à prevenção do delito cometido, podendo haver lugar à desculpa da pessoa coletiva.

Como reconhece GÓMEZ-JARA DÍEZ, a discussão sobre a culpa da pessoa coletiva não é pacífica, mas os contributos doutrinários mais modernos defendem que esta culpa se reflete numa cultura corporativa de incumprimento, ou de ilegalidade, e, como entende este Autor, o maior indicador de uma cultura empresarial de cumprimento é a existência de programas de *Compliance*, entendimento que se reflete também no texto legal espanhol.²²¹ Para o Autor é inquestionável a essencialidade da análise de dolo e culpa próprios da pessoa coletiva para que esta possa ser penalmente responsável (que são independentes do dolo ou culpa da pessoa singular que agiu), pelo que considera inadmissível um modelo de heterorresponsabilidade.

²²⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: El inicio de una larga andadura*, Ob. Cit., pp. 159.

²²¹ Neste sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La Culpabilidad Penal de la empresa*, Ob. Cit., p. 248: “*El Derecho penal empresarial, si es que quiere ser un verdadero Derecho penal, debe conformarse en torno al concepto del ciudadano empresarial o ciudadano corporativo fiel al Derecho*”; p. 253, onde se define o “*ciudadano corporativo fiel al Derecho como aquella corporación que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento con el derecho*”; e p. 273: “*parece que los programas de cumplimiento efectivo pueden fungir como indicadores de que una organización empresarial desarrolla una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, que, de esta manera, podrían fungir como causas de exclusión de la culpabilidad empresarial*” e “*La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (artículo 31 bis del Código penal)*”, Ob. Cit., p. 94.

Concluindo, GÓMEZ-JARA DÍEZ afirma que a importância dada aos programas de *Compliance* relaciona-se com duas circunstâncias fundamentais: por um lado, uma cultura corporativa de desrespeito pelo Direito coloca em causa a vigência das normas legais no meio social e, por outro lado, dada a relevância inquestionável das organizações/empresas no nosso modelo social estas adquiriram um certo estatuto relacionado com o conceito de *cidadão empresarial* (*corporate citizenship*).²²²

Parece-nos que na jurisprudência espanhola a responsabilidade penal da pessoa coletiva, à semelhança do que entende GÓMEZ-JARA DIEZ, baseia-se na organização e na cultura empresariais.²²³ Deste modo, o crime da pessoa coletiva será a sua deficiente organização, uma vez que “*determinadas organizações empresariais alcançam um tal nível de complexidade que (...) começam a mostrar caracteres próprios de autorreferencialidade, autocondução e autodeterminação*”, é este poder de autodeterminação da pessoa coletiva que legitima o Direito penal a responsabilizar as pessoas coletivas que escolham não se organizar eficientemente de modo a cumprirem as normas legais estabelecidas.²²⁴

Uma última nota para os efeitos negativos que podem advir do papel dos programas de *Compliance* enquanto “desresponsabilizadores” da pessoa coletiva. NIETO MARTÍN ²²⁵ refere três principais problemas relacionados com estes mecanismo de prevenção da criminalidade: o primeiro é denominado o problema de cosmética, isto é, a

²²² GÓMEZ-JARA DÍEZ, “La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (artículo 31 bis del Código penal)”, *Ob. Cit.*, p. 97.

²²³ Neste sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ (“O conceito construtivista da culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídica: Exposição e resposta às críticas formuladas”, *Ob. Cit.*, p. 419): “*Basear a RPPJ na organização empresarial e na cultura empresarial não somente é mais justo, como também mais eficaz. É mais justo, porque distingue adequadamente entre cidadãos corporativos fiéis ao Direito e aqueles que não o são – seria injusto considerar iguais duas empresas, uma com um sistema de conformidade (compliance) efetivo, e outra que carece de qualquer compliance. E é mais eficaz porque permite às empresas evitar a responsabilidade penal mediante uma organização correta e uma cultura de cumprimento da legalidade, estas realizarão grandes esforços para implementar sistemas de organização e cultura conformes às normas do Direito*”.

²²⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, “O conceito construtivista da culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídica: Exposição e resposta às críticas formuladas”, *Ob. Cit.*, p. 425.

Importa referir que a consideração de que a pessoa coletiva tem de facto o poder de se autodeterminar e auto-organizar advém da conceção de empresa segundo o sistema autopoietico, teorizado por NIKLAS LUHMANN, segundo o qual a empresa é um sistema autónomo que se produz a si próprio, que se cria a si mesmo, que produz e reproduz os elementos que o constituem. Enquanto os seres humanos são sistema autopoieticos psíquicos, as empresas são sistema autopoieticos organizacionais (cfr. CARLOS GOMÉZ-JARA DÍEZ, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Ob. Cit.*, pp.3 a 5).

²²⁵ ADÁN NIETO MARTÍN, “Regulatory Capitalism cumplimiento normativo”, *Ob. Cit.*, pp. 22 a 24.

existência de programas de conformidade não implicam necessariamente a existência de uma séria política empresarial de prevenção e respeito pelo Direito, perante a crescente relevância dos mecanismos de *Compliance*, surgirão cada vez mais casos de empresas que “implantam” programas de conformidade “de fachada”, com o objetivo de se desresponsabilizarem em caso de ocorrência de crime.²²⁶ O segundo problema prende-se com a falta de segurança jurídica, isto é, o legislador impõe às pessoas coletivas o “devido controlo” sem especificar o que se entende por “devido controlo”: qual o grau de exigências ou quais os comportamentos que demonstram inequivocamente esse devido controlo. O terceiro problema apontado é a privatização de uma função de prevenção criminal que é na sua génese pública, do Estado, apesar da “autofiscalização” e “auto-investigação” resultarem relevantes vantagens, existem também desvantagens associadas, designadamente ao nível das investigações internas, na medida não é possível garantir que as mesmas cumprem os garantias penais e constitucionais.

²²⁶ No mesmo sentido, ULRICH SIEBER (“Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, *Ob. Cit.*, pp. 100 e 101) entende que a possibilidade de existirem mecanismos de *compliance* de fachada constitui um limite fáctico a esses mecanismos: para uma empresa, a prevenção de crimes constitui apenas um dos seus objetivos (a par dos objetivos comerciais, económicos, etc), pelo que devem ser adotadas estratégias que impeçam que se desenvolvam “programas de alibi”, como canais de denúncia à disposição dos trabalhadores, que não possam ser corrompidos pela direção da pessoa coletiva, isto porque o referido problema de cosmética decorre de uma direção que não é intrinsecamente cumpridora, mas pretende beneficiar das vantagens da adoção de programas de *compliance*.

Também referindo o problema de cosmética, MANUEL GOMÉZ TOMILLO (*Compliance Penal y Política Legislativa: El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, *Ob. Cit.*, p. 76) que a mera adoção de programas de *compliance*, que sejam exclusivamente formais e, consequentemente ineficazes, não desobrigam os administradores ou representantes legais, aliá, a sua obrigação de uma correta gestão mantém-se pelo que a ocorrência de um ilícito-típico continua a poder gerar responsabilidade criminal.

Cap. VI - O apogeu do *Compliance* no Regulamento Geral de Proteção de Dados

Em 27 de abril de 2016, a União Europeia adotou o Regulamento EU 2016/679²²⁷, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

Se até então a relevância da organização das pessoas coletivas segundo normas de *Compliance*, embora incontestável, não encontrava apoio na legislação nacional, com o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados constata-se uma evidente preocupação com a conformidade legal no desenvolvimento da atividade ali em causa (tratamento e proteção de dados).

De facto, em diversas disposições deste Regulamento são feitas referências à necessidade de adotar medidas técnicas e organizativas que assegurem, e comprovem, que o tratamento de dados é feito em conformidade com o mesmo, referindo ainda a necessidade de atualização constante dessas medidas (v.g. art. 24.º, n.º 1, do RGPD: “...o responsável pelo tratamento aplica as medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar que o tratamento é realizado em conformidade com o presente regulamento. Essas medidas são revistas e atualizadas consoante as necessidades”), numa clara referência ao *Compliance*, que se traduz, como já foi referido, no conjunto de medidas que visam garantir que a pessoa coletiva, bem como todas as pessoas singulares que a integram ou com ela colaboram, cumpram os desígnios penais, o dever-ser jurídico-penal.

Refere-se também a “*aplicação de políticas adequadas em matéria de proteção de dados pelo responsável pelo tratamento*” (cfr. art. 24.º, n.º 2, do RGPD).

Além de incitar à adoção de medidas que garantam o tratamento de dados em conformidade com o RGPD, numa evidente alusão ao *Compliance*, o próprio Regulamento estabelece algumas dessas medidas, designadamente, a avaliação do impacto na proteção de dados e dos riscos associados (cfr., entre outros, Considerandos 83, 84 e 91 e Arts. 35.º e ss. do RGPD), o dever de comunicação das violações de dados

²²⁷ Consultável em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>.

pessoais, cometidas no tratamento dos mesmos, logo que sejam detetadas (cfr., entre outros, Considerandos 85, 86 e arts. 33.º e 34.º do RGPD).

A par das medidas estabelecidas, são também instituídas obrigações e responsabilidades do responsável pelo tratamento de dados que revelam, uma vez mais, a inspiração nas medidas essenciais de *Compliance*, tais como (i) a obrigação de conservar um registo de todas as atividades de tratamento sob a sua responsabilidade (cfr. art. 30.º, n.º 1, do RGPD), (ii) a obrigação de aplicar medidas técnicas e organizativas adequadas para assegurar um nível de segurança adequado ao risco (cfr. art. 32.º, n.º 1, do RGPD), ou (iii) a obrigação de designar um encarregado da proteção de dados (cfr. art. 37.º, n.º 1, do RGPD).

Neste Regulamento constata-se um grande incentivo à criação e adoção de códigos de conduta “*destinados a contribuir para a correta aplicação do presente regulamento, tendo em conta as características dos diferentes setores de tratamento e as necessidades específicas das micro, pequenas e médias empresas*” (cfr. art. 40.º, n.º 1, do RGPD).

Estes códigos de conduta devem prever procedimentos que permitam ao organismo referido no artigo 41.º, n.º 1, do RGPD ²²⁸ efetuar a supervisão obrigatória do cumprimento das suas disposições por parte dos responsáveis pelo tratamento de dados ou subcontratantes que se comprometam a aplicá-lo (cfr. art. 40.º, n.º 4, do RGPD).

Assim, é evidente a relevância que é conferida ao *Compliance* no RGPD, na medida em que se constata uma incitação à organização segundo modelos de *Compliance* e, no próprio Regulamento, verifica-se o estabelecimento de medidas que se encontram na base da generalidade dos programas de *Compliance*.²²⁹

²²⁸ Organismo, com um nível adequado de competência relativamente ao objeto do código, que efetue a supervisão de conformidade com um código de conduta e que esteja acreditado para o efeito pela autoridade de controlo competente (cfr. art. 41.º, n.º 1, do RGPD).

²²⁹ Neste sentido, TERESA VALE LOPES, “Responsabilidade e governação das empresas no âmbito do novo Regulamento sobre a Proteção de Dados”, in FRANCISCO PEREIRA COUTINHO E GRAÇA CANTO MONIZ (Coord.), *Anuário da Proteção de Dados*, 2018, p. 69: “Este regulamento tem como principais características a especial ênfase no compliance, através da consagração dos princípios da responsabilidade e da data protection by design e by default, bem como do estabelecimento de novas medidas organizativas e técnicas que recaem sobre os responsáveis (...) Por conseguinte, torna-se fundamental adaptar a estrutura organizativa das empresas e fomentar uma cultura de compliance, de molde a promover, internamente, a implementação e a aplicação dos princípios e das novas obrigações desta reforma europeia da proteção de dados, favorecendo o desenvolvimento de uma economia cada vez mais aberta, transparente e responsável”.

Esta tendência europeia (e não só), que transparece inequivocamente do RGPD, de conferir cada vez mais relevância à organização das empresas segundo normas de *Compliance* é um importante indicador para as empresas da necessidade, crescente, de adaptarem as suas estruturas organizativas e promoverem uma cultura corporativa de conformidade.

CONCLUSÕES

Traduzindo-se o *Compliance* na determinação e adoção de medidas que exteriorizem uma verdadeira organização corporativa de conformidade, que garantam o cumprimento do direito pela própria pessoa coletiva e por todas as pessoas singulares que a integram, não existem dúvidas quanto à sua importância para o direito penal.

Independentemente dos efeitos que tenham, ou possam ter, na determinação da responsabilidade penal da pessoa coletiva, também nos parece inquestionável que a adoção destes mecanismos de prevenção e gestão constituirá sempre uma mais-valia para as empresas (desde que correta e eficazmente implementados e interiorizados).

No entanto, o tema da nossa dissertação é a sua concreta relevância para a afirmação da responsabilidade penal do ente jurídico.

Ora, a resposta a esta questão depende, em grande medida, de dois fatores essenciais: do entendimento que se tem sobre a relação entre a autorregulação e a responsabilidade penal dos entes coletivos; e da configuração do crime coletivo (modelo de imputação).

De facto, para quem entenda que a responsabilidade penal de entes coletivos foi consagrada com a finalidade de incentivá-los a se autorregularem (através, designadamente, de mecanismos de *Compliance*), sendo, por isso, o fundamento desta responsabilidade a omissão de uma eficiente organização, a adoção de programas desta natureza, adequados e eficazes, obsta à verificação de um crime: se o fundamento da responsabilidade penal das pessoas coletivas é a insuficiência de medidas de controlo e de gestão, uma vez implementados estes programas de *Compliance*, entende-se que a mesma cumpriu os desígnios jurídico-penais que lhe são aplicáveis, pelo que a verificar-se um qualquer ilícito, o seu responsável será a pessoa singular que agiu.

Deste modo, constituindo a responsabilidade penal de pessoas coletivas um “instrumento” estatal que visa a autorregulação, quando estas se autorregulam (através da adoção de mecanismos de conformidade), aquele “instrumento” não tem motivos para “funcionar”. Logo, neste entendimento, os programas de *Compliance* não só têm toda a relevância, como a sua adoção é a finalidade da própria responsabilidade penal de entes jurídicos.

Por outro lado, quem entenda que a responsabilidade penal das pessoas coletivas, à semelhança da responsabilidade penal das pessoas singulares, visa evitar a prática de crimes e proteger os bens jurídicos penalmente tutelados, a adoção de programas de conformidade não assume tamanha relevância, uma vez que, ocorrendo um crime no âmbito da atividade do ente coletivo, verifica-se o pressuposto da sua responsabilidade penal (confirmados que estejam os critérios formais e materiais dessa responsabilidade). Nesta medida, as medidas internas de gestão e prevenção que tenham sido adotadas poderão relevar ao nível da culpa da pessoa coletiva.

Relativamente à configuração do crime coletivo, a relevância destes mecanismos de conformidade também varia consoante a tese que se entenda preferível.

De facto, podem ser adotados um de dois modelos (sem prejuízo de um modelo intermédio que mais recentemente vem sendo sugerido): ou se considera que a responsabilidade penal dos entes jurídicos assenta num modelo de heterorresponsabilidade e, por isso, os mesmos respondem pelo crime que em concreto irrompe da sua organização, cometido por uma, ou mais, pessoas singulares que o integram (dirigentes e responsáveis ou trabalhadores em virtude de violação do dever de supervisão das pessoas com autoridade)²³⁰; ou se considera que a pessoa jurídica responde penalmente por não ter conseguido evitar a prática do concreto crime que se verifica, isto é, responde por, através da insuficiência de medidas de gestão e controlo, ter permitido (ou não impedido) a sua instrumentalização para a prática de um crime (autorresponsabilidade).

A adoção de um – ou de outro – modelo acarreta importantes diferenças na afirmação da (ir)relevância dos mecanismos de *Compliance*: para quem entenda que a pessoa coletiva responde pelo concreto crime que foi praticado por e através da sua organização, a existência de programas de *Compliance* poderá ser importante a três níveis distintos: **(i)** ao nível da culpa, **(ii)** ao nível da demonstração da ausência de “condições crimógenas de organização” ou **(iii)** ao nível da prova de existência de ordens expressas,

²³⁰ Quanto a este modelo de imputação por substituição, importa não esquecer que o crime praticado pela pessoa singular que atua é convertido em crime coletivo em virtude de **(i)** o ente jurídico ter determinado os elementos essenciais do crime através de “condições crimógenas de organização” (v. *supra* nota 57) e de uma falta de cultura ética e **(ii)** não ter adotado as medidas necessárias para evitar a prática do referido crime.

claras e amplamente difundidas que, se tivessem sido cumprida, obstavam à verificação do crime, caso em que não se verifica sequer um ilícito-típico coletivo.²³¹

Para quem considere que a pessoa coletiva responde penalmente pela sua incapacidade (permanente ou momentânea) de se organizar eficientemente, os programas de *Compliance* adequados e eficazmente implementados, enquanto demonstração de uma organização eficiente ou, pelo menos, de capacidade para tal, funcionam como obstáculo à própria afirmação de um crime imputável ao ente jurídico, isto é, não existe um crime pelo qual o ente jurídico possa ser responsabilizado porque este organizou-se eficientemente.

Parece-nos que qualquer efeito automático que se possa retirar da adoção de mecanismos de *Compliance* pode trazer mais desvantagens do que vantagens.²³² Sem prejuízo de considerarmos que, independentemente do papel que estes programas desempenhem na aferição da responsabilidade penal da pessoa coletiva, a sua implementação trará sempre vantagens para qualquer empresa, a verdade é que, atualmente, o “agir corretamente” não é um tão grande incentivo como deveria ser, motivo pelo qual se começa a conferir cada vez mais relevância penal a estes mecanismos de prevenção.

De facto, de um modo geral, as empresas de maiores dimensões e incidência internacional são as que representam maior risco para a comunidade e, simultaneamente, são as que têm uma organização interna mais complexa, pelo que serão mais difíceis de controlar por quem está de fora, isto é, pelo Estado; perante esta dificuldade, não nos parece absurdo que os programas de *Compliance* tenham surgido como um incentivo à auto-organização: ninguém melhor do que a própria pessoa coletiva para se “autocontrolar” e “autofiscalizar”. Portanto, nessa medida, para que possam exercer o seu papel de incentivo, é natural que se tenha de lhes conferir uma relevância verdadeiramente

²³¹ Para além do evidente papel preventivo, na medida em que a existência de mecanismos de conformidade eficazmente implementados diminuirá certamente os riscos de verificação de crimes no âmbito da organização empresarial.

²³² Desde logo, uma das desvantagens é poderem serem reduzidos a “*estratagemas de fuga à responsabilidade*” (expressão de PAULO SOUSA MENDES, “Law Enforcement & Compliance”, *Ob. Cit.*, p. 13), na medida em que o objetivo dos sistemas de compliance deve ser prevenir a ocorrência, no âmbito da atividade da pessoa coletiva, de ilícitos de todo o tipo (não apenas penais mas também, por exemplo, laborais), não o de desresponsabilizar as pessoas coletivas que os implementem, ou atenuar punições que possam vir a ser-lhes aplicadas.

apelativa para as empresas, e nada mais apelativo do que a possibilidade de desresponsabilização.

É este o motivo que leva a uma crescente discussão em torno do papel dos mecanismos de *Compliance*: quanto mais efeitos estes tiverem na responsabilização da pessoa coletiva, mais empresas os implementarão, em benefício próprio, num primeiro momento, mas com relevantes repercussões na proteção dos bens jurídicos da comunidade.

Ainda assim, na ordem jurídica portuguesa não nos parece que a organização empresarial segundo normas de *Compliance*, por si só, possa afastar a responsabilidade penal da pessoa coletiva, sem prejuízo de poder ser relevante na afirmação culpa, na demonstração de uma política empresarial e organizacional de conformidade ou na prova de existência de ordens expressas (para aplicação da exclusão prevista no art. 11.º, n.º 6, do CP). Mas, na verdade, o afastamento do ilícito típico coletivo e da culpa da pessoa jurídica também não está dependente da mera adoção de mecanismos de *Compliance*.

Aliás, se o facto-típico que irrompe da pessoa coletiva não tiver qualquer conexão com a sua específica forma de organização, funcionamento e política empresarial, o art. 11.º, n.º 6, do CP, sem exigir a adoção de qualquer tipo de programa de conformidade, afasta a responsabilidade coletiva.

Em todo o caso, a existência de programas de *Compliance* pode sim ser valorada à luz do art. 11.º do CP, sob diversas e distintas perspetivas, designadamente:

- a. Estes mecanismos de gestão e prevenção serão muito importantes na demonstração que o facto-típico praticado no âmbito da organização da pessoa coletiva não se coaduna com o seu funcionamento, política empresarial e atuação jurídico-empresarial, pelo que o mesmo não se poderá considerar cometido no “interesse coletivo”, não havendo, por isso, ilícito coletivo;
- b. Também poderão ser relevantes para a demonstração (ao nível da prova) da existência de “ordens ou instruções expressas de quem de direito” que, se fossem cumpridas, teriam obstado à verificação/prática do crime, o que afasta a verificação de ilícito-típico coletivo (art. 11.º, n.º 6, do CP);

- c. Os programas de conformidade poderão também produzir efeitos ao nível da manifestação da suficiência da organização (da não determinação dos elementos essenciais do crime através de uma cultura empresarial de desconformidade), o que também excluirá a tipicidade coletiva do facto.
- d. Os mecanismos de conformidade, enquanto demonstração dos esforços no cumprimento legal e da seriedade com que o ente jurídico desenvolve a sua atividade, produzirão também efeitos em sede de determinação de culpa, na medida em que poderão demonstrar que o crime cometido se deveu a um “acidente de percurso” e não a uma atitude de desvalor da pessoa coletiva perante as exigências jurídico-penais. Neste caso, apesar de existir um ilícito coletivo, praticado no interesse coletivo porque resultante da sua organização inadequada, em virtude da insuficiência do programa de prevenção e gestão implementado, a pessoa coletiva não deve ser penalizada.
- e. A adoção de mecanismos de *Compliance* poderá também produzir efeitos ao nível da atenuação da pena, nos termos do art. 72.º, n.ºs 1 e 2, do CP.
- f. O *Compliance* pode ainda ser relevante para a configuração do elemento subjetivo: dolo ou negligência, isto porque, caso existam programas de *Compliance* nos quais venha identificado o risco que veio a ser realizado no ilícito típico coletivo, fica demonstrado que a pessoa coletiva representou, pelo menos, como possível a realização do facto-típico em causa através da sua atuação, o que releva para a afirmação do dolo ou da negligência consciente (cfr. arts. 14º e 15º, a), do CP).

Assim, mesmo nos modelos de imputação por representação (caso português) o *Compliance* poderá influenciar a vários níveis a responsabilidade penal da pessoa coletiva, embora, por si só, não seja suscetível de afastar a tipicidade do facto coletivo ou a punibilidade.

Em conclusão, parece-nos que, no direito penal português, a pessoa coletiva responde pelo concreto facto-ilícito que irrompe da sua organização, e não pela sua auto-organização deficiente (embora uma organização insuficiente seja relevante para a conexão entre o facto e o ente coletivo), pelo que a existência de mecanismos de *Compliance* não terá a virtualidade de obstar à verificação de um crime coletivo.

Apesar de responder por atos de pessoas alheias (atos estes que estão na base do crime coletivo), a verdade é que a pessoa coletiva responde por um crime próprio: o facto-típico em concreto cometido consubstancia um crime coletivo (i) quando os seus elementos essenciais forem pré-determinados pela organização coletiva e (ii) quando este facto-típico for realizado diretamente pelos membros de órgãos, dirigentes ou representantes (art. 11.º, n.º 2, al. a., do CP) ou por via do domínio da organização para a execução do facto (art. 11.º, n.º 2, al. b., do CP), sempre em nome e, sobretudo, no interesse da pessoa jurídica.²³³

Deste modo, e mesmo com a configuração que o CP conferiu à responsabilidade penal das pessoas coletivas, pensamos não haver dúvidas de que a adoção de mecanismos de *Compliance* pode (e deve) produzir efeitos na aferição dessa mesma responsabilidade penal, não do modo como sucede noutros países, designadamente em Espanha.²³⁴ Na nossa ordem jurídica o que deve ser considerado e, nessa medida, valorado, é a razão da existência destes mecanismos de conformidade: a sua implementação surge como consequência natural da preocupação interiorizada em cumprir o Direito? Ou visa apenas, em caso de verificação de um facto-típico, atenuar ou afastar a responsabilidade penal da pessoa coletiva?

Apesar da sua inegável importância, seja por poder excluir a responsabilidade coletiva (art. 11.º, n.º 6, do CP), seja por poder atenuar a culpa e/ou a pena, a verdade é que os efeitos que estes mecanismos de *Compliance* podem produzir na responsabilidade penal da pessoa coletiva podem ser alcançados sem a adoção de programas desta natureza, apenas através de uma organização eficiente, preocupada e pensada em torno das disposições legais aplicáveis. Mas também não negamos que em empresas de maiores dimensões será bastante difícil alcançar uma tal organização eficiente sem mecanismos de conformidade.

²³³ Deste modo, recorrendo ao que ficou exposto quanto aos modelos de imputação, dir-se-á que o modelo preconizado pela lei penal portuguesa é o modelo da responsabilidade indireta, com influências do modelo de responsabilidade direta, na medida em que a pessoa coletiva responde pelo concreto ilícito-típico que irrompe da sua organização, praticado pela pessoa singular (à semelhança do que se prescreve no modelo de responsabilidade indireta), mas esse ilícito-típico consubstanciará um crime coletivo, próprio da pessoa coletiva, em função dos elementos essenciais do crime terem sido determinados pela organização da pessoa coletiva, que detém o domínio da organização para a prática do facto.

²³⁴ Onde a própria Lei confere efeitos aos programas de *compliance* e os Tribunais têm entendido que estes mecanismos podem mesmo obstar à verificação de um crime pelo qual a pessoa coletiva possa responder ou podem desculpar o ente jurídico.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de,

- *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora. 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira,

- *Direito Civil Teoria Geral – Acções e Factos Jurídicos*, Vol. II, Coimbra Editora, 1999.

BACIGALUPO, Enrique,

- *Compliance y Derecho Penal*, Arazandi, 2011.

BRAVO, Jorge dos Reis,

- *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*. Coimbra Editora, 2008.

BRITO, Teresa Quintela de,

- “Relevância dos mecanismos de “compliance” na responsabilização penal das pessoas colectivas e dos seus dirigentes”, in *Anatomia do Crime – Revista de Ciências Jurídico-criminais*, nº 0, Julho-Dezembro 2014, pp. 75 a 91.
- “Compliance, cultura corporativa e culpa penal da pessoa jurídica” in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS E PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 1ª Ed. Almedina, 2018, pp. 57 a 100.
- “Fundamento da responsabilidade criminal de entes colectivos: articulação com a responsabilidade individual”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA

DIAS, PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do curso Pós-graduado de aperfeiçoamento*, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2012, pp. 201 a 225.

- “Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos: Algumas questões em torno da interpretação do artigo 11º do Código Penal” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 20, nº 1, Janeiro-Março 2010, pp. 41 a 71.

- “Questões de prova e modelos legais de responsabilidade contra-ordenacional e penal de entes colectivos”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS, PAULO DE SOUSA MENDES, CARLOTA ALMEIDA (Coord.), *Direito da Investigação Criminal e da Prova*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 131 a 182.

- “Domínio do Facto, Organizações Complexas e Autoria dos Dirigentes”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS e PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Direito Penal Económico e Financeiros: Conferências do curso Pós-graduado de aperfeiçoamento*, Coimbra Editora, 2012, pp. 163 a 200.

BOCK, Dennis,

- “*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 107 a 121.

BUSATO, Paulo César,

- “O que não se diz sobre *Compliance* em Direito Penal” in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, pp. 49 a 90.

CAETANO, Marcello,

- *Manual de Direito Administrativo*, Vol. I. 10ª Edição (5ª Reimpressão). Almedina. 1991.

COCA VILA, Ivó,

- “Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación regulada?” in JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 43 a 76.

CORDEIRO, António Menezes,

- *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral. Tomo II (Coisas)*, Almedina, 2000.
- *Manual de Direito Comercial*, 2ª Edição, Almedina, 2007.

CORREIA, Luís Brito,

- *Direito Comercial – Sociedades comerciais*, 2º Vol., AAFDL, 1989.

COSTA, José de Faria,

- “A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos (ou uma Reflexão sobre a alterabilidade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)”, in IDPEE (Org), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, pp. 501 a 517.

DIAS, Augusto Silva,

- *Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo, genética humana)*, Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo,

- *Direito Penal, Parte Geral, Questões fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, Reimpressão 2012.

- “Para uma dogmática do direito penal secundário”, in IDPEE (org), *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, 1998, pp. 35 a 74.

- *O papel do direito penal na protecção das gerações futuras*, [online - Disponível em: www.defensesociale.org/02/9.pdf].

DURO, Pedro,

- “Penal, Contra-ordenações e Compliance: Novos rumos para o compliance – o efeito espanhol”, Maio 2015 [online] Disponível em: <https://www.csassociados.pt/pt/conhecimento/flashes/Novos-rumos-para-o-Compliance-o-efeito-espanhol/234/?offset=12>.

FERNANDES, Luís A. Carvalho,

- *Teoria Geral do Direito Civil, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, Vol. I, Universidade Católica Editora, 3ª Ed., 2001.

FERRAZ, Sérgio Valladão,

- “Programas de compliance: é possível aferir sua efetividade para fins penais?”, in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, pp. 123 a 150.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos,

- “La nueva responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (artículo 31 bis del Código penal)” in *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento – Deportes. Juegos de Azar. Entretenimiento y Música*, nº 33, 2011, pp. 85 a 106.

- “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial: Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas” in *Revista Eletrónica*

de Ciência Penal y Criminologia, ISSN 1695-0194, RECPC 08-05 (2006).

Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-05.pdf>.

- “O conceito construtivista da culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídica: Exposição e resposta às críticas formuladas”, Traduzido por Carolina de Freitas Paladino e Natália de Campos Grey) *in Revista Brasileira de Ciência Criminais*, Ano 21, Vol. 100, Jan-Fev 2013, pp. 415 a 451.

- “El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora” *in Diario la Ley*, nº 8724, de 17 de Março de 2016 [on-line]. Disponível em: <http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAIAAEAMtMSbF1CTEAAiNjQwtLC7Wy1KLizPw8WyMDQzMDY0MTkEBmWqV LfnJIZUGqbVpiTnEqABGID6o1AAAAWKE&fbclid=IwAR28AFAHrk6Bv0m WKOPH4rR3hICSTmMlmtj-4PetwdYadz7BDEfv0eeBbfc>.

- “Aspectos substantivos de la responsabilidad penal de las persona jurídicas”, *in La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, 2011.

- *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, 2005.

GOMÉZ TOMILLO, Manuel,

- *Compliance Penal y Política Legislativa: El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant la Blanch, 2016.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena

- “La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado”, *Diario La Ley*, 2016 [online], Ano XXXVII, Nº 8707. Disponível em: <http://pdfs.wke.es/6/0/1/8/pd0000106018.pdf>.

JÚNIOR, Filipa Marques, e MEDEIROS, João,

- “A elaboração de programas de *compliance*”, in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS E PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 1ª Ed. Almedina, 2018, pp. 123 a 148.

KUHLEN, Lothar,

- “Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 51 a 76.

LASCURAÍN, Juan Antonio,

- “*Compliance*, debido control y unos refrescos”, in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, Tirant la Blanch, 2013, pp. 111 a 135.

LOPES, Teresa Vale,

- “Responsabilidade e governação das empresas no âmbito do novo Regulamento sobre a Proteção de Dados”, in FRANCISCO PEREIRA COUTINHO e GRAÇA CANTO MONIZ (Coord.), *Anuário da Proteção de Dados 2018*, Março 2018, pp. 45 a 69.

MENDES, Paulo de Sousa,

- “Law Enforcement & Compliance” in MARIA FERNANDA PALMA, AUGUSTO SILVA DIAS E PAULO DE SOUSA MENDES (Coord.), *Estudos sobre Law Enforcement, Compliance e Direito Penal*, 1ª Ed. Almedina, 2018, pp. 11 a 20.

MONDACA, Iván Navas,

- “Los Códigos de Conducta y el Derecho Penal Económico” in SILVA SÁNCHEZ (Dir.) *Criminalidad de Empresa Y Compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 111 a 130.

MORALES ROMERO, Marta Muñoz de

- «Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada», in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, Tirant la Blanch, 2013, pp. 211 a 230.

NIETO MARTÍN, Adán,

- “Regulatory Capitalism cumplimiento normativo”, in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, Tirant la Blanch, 2013, pp. 11 a 29.
- “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E IÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 21 a 49.

FERNANDES, Luís A. Carvalho,

- *Teoria Geral do Direito Civil, Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, Vol. I, Universidade Católica Editora, 3ª Ed., 2001.

PALMA, Maria Fernanda,

- *O princípio da desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PATRÍCIO, Rui,

- “Compliance é prevenção, mas também é defesa”, *Revista Exame*, 01.09.2016.

- “*Compliance, what?*”, *Revista Exame*, Janeiro de 2012. Disponível em https://www.mlgs.pt/xms/files/v1/Comunicacao/Imprensa/2012/Compliance_w hat.pdf.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Elena,

- “La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado sobre personas jurídicas o el retorno a los ecos del pasado”, *Diario La Ley*, 2016 [online], Ano XXXVII, Nº 8707.

REINALDET, Tracy Joseph,

- “Compliance e a Responsabilidade penal da pessoa jurídica: intersecções no que tange a tipicidade e a culpabilidade” in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, pp. 151 a 180.

ROBLES PLANAS, Ricardo,

- “¿Delitos de personas jurídicas? – A proposito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delitivos”, in *InDret*, n.º 2/2006 [Online], pp. 2 a 25.
- «El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008», *InDret* 2/2009 [Online], pp. 2 a 12.

ROTSCH, Thomas,

- “Criminal Compliance”, *InDret* 1/2012 [Online].

SÁNCHEZ RIOS, RODRIGO e ANTONIETTO, Caio,

- “Criminal Compliance: Prevenção e Minimização de riscos na gestão da Atividade Empresarial”, in *Revista de Ciências Criminais*, São Paulo, A. 23, Nº 114 (Maio-Jun. 2015), pp. 341 a 376.

SCANDELARI, Gustavo Britta,

- “Compliance como prevenção idónea de crimes e sua compatibilização com a intervenção mínima”, in *Aspectos Jurídicos do Compliance*, Empório do Direito, Florianópolis, 1ª Ed, 2017, pp. 91 a 122.

SIEBER, Ulrich,

- “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” in ADÁN NIETO MARTÍN e LUIS ARROYO ZAPATERO (Dir.), *El derecho penal económico en la era compliance*. Valencia, Tirant la Blanch, 2013, pp. 63 a 109.

SILVA, Germano Marques da,

- *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009.
- *Direito Penal Português – Parte geral: Introdução e teoria da lei penal*. Vol II, Editorial Verbo, 1998.
- “Responsabilidade penal das pessoas colectivas: alterações ao Código Penal introduzidas pela Lei nº 59/2007, de 4 de Setembro”, in *Jornadas sobre a revisão do Código Penal – Estudos*, Revista do CEJ nº 8, Almedina, 1º semestre de 2008, pp. 69 a 97.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María,

- “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, in LOTHAR KUHLEN, JUAN PABLO MONTIEL E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, pp. 79 a 105.
- “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español”, in JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, 2013, pp. 15 a 42.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros,

- “Programas de *Compliance* e a Atribuição de Responsabilidade Individual nos Crimes Empresariais”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, nºs 1 a 4, Janeiro-Dezembro 2015, pp. 117 a 143.

Lista de jurisprudência analisada ou citada

- Acórdão do TC nº 395/2003 (processo nº 134/03), 2.ª Secção, Relator: Cons. Mário Torres <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030395.html>.
- Acórdão do TRP, de Junho de 2012, processo nº 7402/11.5TBMAI.P1, Relatora: Élia de São Pedro.
- Acórdão do TRP, de 10.01.2001, processo nº 0040383, (Relator: Pinto Monteiro).
- Sentença de 02.09.2015 (STS 514/2015) do Tribunal Supremo Espanhol.
- Sentença nº 154/2016, de 29.02.2016 (STS 613/2016) do Tribunal Supremo Espanhol.
- Sentença nº 221/2016, de 16.03.2016 (STS 966/2016) do Supremo Tribunal Espanhol.
- Sentença da Audiência Provincial de Barcelona de 14.12.2016 (Relator: Carlos Mir Puig).
- Auto del Juzgado de Instrucción nº 2 de Pamplona, de 11.01.2016 (Relator: Fermín Otamendi Zozaya).